ABC DEL DERECHO DE AUTOR
PARA BIBLIOTECARIOS DE AMERICA LATINA

creative commons

Colombia - El Salvador - Uruguay

lacnic

frida



Título original: "Copyright for Librarians" realizado por Berkman Center for Internet & Society, Harvard University y la Electronic Information for Libraries.

Traducción al español: Graciela Dacosta y Hugo Valanzano

Adaptación realizada en red por:
Creative Commons Colombia
Amalia Toledo
Carolina Botero
David Ramírez
Luisa Guzmán
María Juliana Soto
Maritza Sánchez
Pilar Sáenz
Creative Commons El Salvador
Ana del Pinal
Claudia Cristiani
John Alvarado
Creative Commons Uruguay
Jorge Gemetto
Mariana Fossatti
Patricia Díaz

Maquetación y diseño de portada: Mariana Fossatti (a partir de imagen original de El Bibliomata)

Diseño de portada de capítulos e infografías: Cuántika Studio

1ª Edición: junio 2014; edición electrónica en PDF; 175 páginas; 6 MB. Disponible pra su descarga en: http://internetactiva.net/

Índice

Acerca de este libro

El material educativo en el que se basa este libro es una adaptación del curso "Copyright for Librarians" realizado por Berkman Center for Internet & Society, Harvard University y la Electronic Information for Libraries. Originalmente fue publicado con una licencia Creative Commons Attribution 3.0 Unported (CC BY 3.0).

Este material aparece en línea como recurso educativo abierto el 24 de marzo del 2010. Para esta adaptación nos basamos en la traducción al español realizada por Prof. Adj. Graciela Dacosta y Prof. Adj. Hugo Valanzano de la Comisión Sectorial de Enseñanza, Universidad de la República del Uruguay, Montevideo, en 2013. Esta traducción ha sido compartida bajo licencia Creative Commons Reconocimiento 3.0 Unported (CC BY 3.0)

Originalmente escrito en inglés, ya se ha traducido al rumano, árabe, francés, ruso y chino hasta el mes de noviembre 2012. Las instituciones comprometidas con el proyecto, lograron que diversos especialistas en el área, elaboraran una obra académica y amena sobre la problemática del Derecho de Autor y destinada especialmente para los bibliotecarios.

La presente adaptación, denominada "ABC del derecho de autor para bibliotecarios de América Latina", ha sido realizada por Fundación Karisma e Internet Activa, gracias al trabajo en red entre los capítulos Creative Commons de Colombia, El Salvador y Uruguay con la ayuda financiera de Creative Commons, Frida y Shuttleworth Foundation.

En esencia, la presente adaptación del curso “Copyright for Librarians” parte de una traducción previa al español, pero la modifica con el fin de localizarla mejor a la región. En esta versión se incluyen o reemplazan algunos ejemplos, análisis y datos de derecho de autor y modelos de lo abierto con base en casos y legislaciones de países de América Latina pensando, eso sí, en la misma audiencia: los bibliotecarios. En el proceso hemos también actualizado información e incluso descartado algunos apartes buscando una unidad para el curso.

Presentación

No es un secreto que muchos bibliotecarios y bibliotecas de América Latina desempeñan su labor con conocimientos mínimos, y a veces inexistentes, acerca de los derechos de autor. Este desconocimiento se puede reflejar en:

- Desaprovechamiento de recursos que pudieran abrirse al público (obras en el dominio público por ejemplo) y que no están siendo aprovechadas en la actualidad.

- Incumplimiento de las leyes al abrir el acceso a través de la digitalización de obras cuyos derechos no lo permiten.

- Desconocimiento de recursos como las licencias Creative Commons, que pueden instrumentalizar el interés que los bibliotecarios tienen de facilitar el acceso a sus recursos, y que tal vez por ahora no lo hacen por temor a faltar a las leyes sobre derechos de autor.

Este libro reúne en una única edición el material educativo "ABC del derecho de autor para bibliotecarios de América Latina", un curso autoguiado en línea y abierto sobre conceptos básicos de derechos de autor para bibliotecarios de América Latina, presentado a través de School of Open en P2PU, una comunidad global de voluntarios centrada en proporcionar oportunidades de educación gratuita sobre el significado, la aplicación y el impacto de la "apertura" en la era digital y su beneficio para los esfuerzos creativos, la educación, la investigación, entre otros. School of Open en P2PU es coordinado por Creative Commons y P2PU, una comunidad de aprendizaje entre pares y la plataforma para el desarrollo y realización de cursos en línea gratuitos.

El libro está dirigido particularmente a bibliotecarios y bibliotecas: públicas, universitarias, privadas y de toda naturaleza. Asimismo, está dirigido a investigadores universitarios, profesores, creadores de contenidos educativos, estudiantes de ciencia de la información, bibliotecología, archivistas, museólogos, interesados en proyectos de preservación cultural y, en general, interesados en bibliotecas y derechos de autor.

Los objetivos de este libro son:

- Entregar las herramientas a los bibliotecarios para la comprensión del concepto y uso de los derechos de autor, con énfasis en lo que concierne a su trabajo.
- Contribuir al fomento y facilitación del acceso abierto de los recursos bibliotecarios.
- Fomentar el uso de las licencias Creative Commons en las bibliotecas de la región latinoamericana.

Capítulo 1 - Introducción a la teoría del Derecho de Autor



1.1 Objetivo del capítulo

Antes de profundizar en los detalles de la teoría sobre derecho de autor, algunos lectores pueden considerar útil tener presente las teorías en las que se sustenta el derecho de autor. **¿Cuál es el propósito del derecho de autor?** La forma en la que se responda esta pregunta no solo puede afectar su actitud general hacia este conjunto de leyes, sino sus concepciones sobre cómo deben interpretarse o modificarse las normativas individuales.

1.2 Cuatro teorías sobre el derecho de autor

Los académicos han desarrollado *cuatro teorías sobre el derecho de autor* que no son mutuamente excluyentes: *Teoría de la Justicia*, *Teoría del Bienestar, Teoría de la Paternidad y Teoría Cultural*. Por cierto, tanto los jueces como los legisladores apelan con frecuencia a dos o más de estas teorías que tienen diferentes interpretaciones sobre cómo la ley debería concebirse. Por lo tanto, al menos con el propósito de su análisis, es mejor abordarlas separadamente.

1.2.1 Justicia

El centro de la primera teoría es el principio de que los autores de literatura, arte y de otras obras originales, merecen el control de sus creaciones o una recompensa por sus esfuerzos. En otras palabras, los autores son titulares de derechos morales que la ley debe reconocer y hacer cumplir. Para indicarlo en forma diferente, *según esta teoría, negar la protección legal a los autores sería injusto.*

Existen muchas variantes de este enfoque general. La más desarrollada es la teoría conocida como "bienes de trabajo", que se origina en los escritos del filósofo John Locke. En el capítulo V de su obra "Los dos tratados sobre el gobierno civil" (1690), Locke argumentaba que una persona que trabaja una parcela de tierra que se posee "en común", adquiere un derecho natural sobre esa tierra –un derecho que un gobierno, una vez conformado, tiene el deber de fijar y respetar.



Imagen de → StockMonkeys.com via Compfight cc

Gran parte de la fuerza que tiene el argumento de Locke se debe al recurso intuitivo en que se basa la historia. Yo me tropiezo con una parcela de tierra agreste y no cultivada que no pertenece aún a persona alguna. Trabajo muchísimo para retirar las piedras, los árboles o las hierbas de la pradera. Cultivo la tierra y planto semillas. Cuido las plantas hasta que maduran. Por último, cosecho lo cultivado y lo uso para mantenerme a mí y a mi familia. Seguramente sería un error que un intruso que no ha realizado trabajo alguno para hacer la tierra productiva, ahora me expulsara de ella. Locke ha ofrecido argumentos más formales –algunos de ellos basados en la teología cristiana– para respaldar esta intuición moral, pero la historia misma le aporta a la teoría de Locke una fuerza imperecedera.

Un grupo importante de académicos alega que los argumentos de Locke tienen aún mayor fuerza cuando se aplican a las obras del intelecto (literatura, arte, etc.) que cuando se aplican a la tierra. La materia prima para generar una novela (papel y lápices) tiene poco valor; el aporte más importante al valor de la novela culminada es, de lejos, la tarea intelectual del novelista. El derecho moral del novelista para controlar su novela es aún mayor que el derecho moral del granjero que cultivó la tierra. Aún más, a diferencia de las cosechas, las novelas no se pudren. De esta forma podemos quedarnos tranquilos que al proporcionar el derecho de propiedad al novelista, no provocaremos que los productos de valor social se desaprovechen.

Seguramente, los académicos que encuentran persuasivos los argumentos de Locke, tienen algunas dificultades cuando lo aplican al derecho de autor. Por ejemplo, ¿qué tipo de “trabajo” intelectual da lugar a derechos morales? ¿El sentarse frente a un escritorio por horas intentando escribir? ¿Únicamente el “trabajo” altamente creativo? El hecho de que un novelista ame su obra, ¿fortalece o debilita sus derechos morales? ¿Es posible que al otorgar al novelista un extenso conjunto de derechos legales (por ejemplo, prohibir que otros escriban novelas con argumentos similares), podamos reducir las oportunidades creativas disponibles a otros novelistas potenciales? Si es así, ¿perjudica eso los reclamos morales del primer novelista? Los académicos se han concentrado en estos y otros problemas y posiblemente lo hagan en un futuro. (Como veremos luego, esta teoría de la justicia no es única en este aspecto. Todas las teorías sobre derecho de autor se enfrentan a problemas y complicaciones).

Otra variante del enfoque de justicia es denominada a veces *“teoría de la equidad”*. Es menos elaborada pero de acuerdo con psicólogos sociales, disfruta aún de mayor atractivo. El principio de la teoría de la equidad es la noción de que *cada colaborador de un emprendimiento colectivo*

merece una parte de los frutos de ese emprendimiento, en forma proporcional a la magnitud de su contribución. Esto tiene importantes connotaciones para el derecho de autor. Por ejemplo, sugiere que la ley debería garantizar que cada una de las personas que intervienen en la realización de una película de cine –desde los actores principales a los encargados de utilería- obtengan una parte proporcional a su contribución.

Como veremos luego, no es del todo claro que la legislación actual tenga este efecto.

1.2.2 Bienestar



Imagen de → Holtsman via Compfight cc

El segundo de los cuatro argumentos nace de la tradición filosófica del *utilitarismo*. El principio fundamental de esa tradición es que la ley debería organizarse para maximizar el bienestar total del ser humano. (En esta simple afirmación acechan muchas ambigüedades pero las haremos a un lado). La forma en que ese principio se aplica más frecuentemente al derecho de autor es la siguiente: las novelas y otras creaciones intelectuales caen en una pequeña pero importante categoría de productos que los economistas refieren como “bienes de interés público”. Lo que caracteriza a los

bienes de interés público es que son “no exclusivos” (queriendo decir que pueden ser disfrutados por un número ilimitado de personas) y “no excluibles” (o sea, luego que se encuentran disponibles para los consumidores, es muy difícil evitar que otros consumidores tengan acceso a ellos). Estas características hacen a los bienes públicos socialmente valiosos, pero además pueden crear un peligro: los potenciales productores pueden discontinuarlos por temor a no obtener ganancias monetarias. Por ejemplo, un novelista potencial puede decidir no escribir una novela porque se anticipa al hecho de que una vez que su primera copia se venda, otros editores harán millones de copias adicionales y las venderán a centavos, evitando que el novelista gane dinero. Para enfrentar este peligro, el novelista puede decidir convertirse en un banquero, y el mundo será privado por siempre de los beneficios de las novelas que hubiera escrito. *Para maximizar el bienestar social, el Estado debe de alguna forma crear un incentivo* para que el novelista escriba. Existen múltiples formas mediante las cuales el Estado realiza esto, pero una técnica es otorgar al novelista derechos exclusivos para reproducir y vender sus novelas. Si el novelista está protegido de la competencia, puede cobrar por sus libros el dinero suficiente que le permita vivir y seguir escribiendo. Eso es, brevemente, lo que hace el derecho de autor.

Visto desde esta perspectiva, *el derecho de autor tiene importantes beneficios sociales pero también un costo social*. Al autorizar al novelista a aumentar el precio de sus libros por encima de los precios más bajos que se hubieran generado a través de la libre competencia, el derecho de autor provoca que los lectores que no pueden costear un precio más alto, no accedan ni puedan leer esta novela. Como resultado, se reduciría la protección de esos consumidores y así se reduciría en parte el bienestar social general. Esta posición implica que la protección al derecho de autor debería extenderse únicamente a tipos de productos intelectuales que no se producirían en ausencia de los incentivos financieros que proporciona el sistema de derecho de autor.

Si aplicamos estas directivas conscientemente, ¿qué tipo de obras deberían protegerse? Es difícil establecerlo porque los motivos de los creadores pueden variar. Pero básicamente deberíamos considerar especialmente extender la protección del derecho de autor a los productos que son costosos de producir, fáciles de copiar, y que beneficien a muchas personas además de los consumidores directos. Las películas de cine y el software pueden ser un ejemplo. Por el contrario, deberíamos por lo menos dudar antes de otorgar el derecho de autor a los tipos de productos que son baratos de producir o cuyos creadores son especialmente susceptibles a incentivos no pecuniarios (tales como el deseo de obtener fama o la esperanza de lograr la titularidad del cargo en una universidad), que no dependen del derecho de autor.

1.2.3 Paternidad

La tercera teoría se deriva de los escritos de *Kant* y *Hegel*. Es más débil en los sistemas legales donde se practica el "derecho común" (o "common law" tales como el Reino Unido, Estados Unidos, Canadá y Australia) que en aquellos sistemas legales donde se aplica el "Derecho Civil" (países continentales de Europa, países de África y América Latina cuyos sistemas legales tomaron como modelos los vigentes en países continentales de Europa).



Imagen de → Ian Muttoo via Compfight cc

La idea central de esta teoría es que los *productos intelectuales son manifestaciones o extensiones de las personalidades de sus creadores*. Un pintor o novelista se define a sí mismo en y a través de su arte. El sistema legal, sensible a este fenómeno, debería garantizar a los artistas el poder de controlar el uso o las modificaciones de sus creaciones. ¿Por qué? Una respuesta es que los perjuicios a esas creaciones provocan daños a sus correspondientes creadores –a los cuales la ley debería proteger o compensar–. También porque darles este control a los creadores es necesario para

establecer un ambiente social general donde los artistas pueden fijar y mantener sus identidades.

Esta teoría apoya especialmente los aspectos del derecho de autor conocidos como “derechos morales”. Como se observará, los derechos morales incluyen el derecho a recibir crédito por aquello que el autor ha creado (y a no ser culpado por cosas que no ha creado) y el derecho a evitar la mutilación o destrucción de sus obras.

1.2.4 Cultura

La cuarta de las teorías es la menos influyente pero parece ganar fuerza. Su idea clave es que *la naturaleza humana hace que la gente prospere más bajo ciertas condiciones que bajo otras*, y que las instituciones políticas y sociales deberían organizarse para facilitar la prosperidad. ¿Cuáles son las condiciones que permiten que la gente prospere? La lista brindada por filósofos y psicólogos que trabajan con esta tradición puede variar, pero las siguientes podrían recibir la aprobación de la mayoría de ellos:

- Vida.
- Salud.
- Integridad física – protección contra amenazas físicas y contra asalto físico y sexual.
- Autonomía – en el sentido de ser capaces de elegir libremente nuestras propias vocaciones y pasatiempos.
- Competencia – la habilidad para enfrentar y solucionar problemas.
- Compromiso – Participación activa en actividades profesionales y de esparcimiento, en contraposición a un consumo pasivo de bienes y servicios.
- Libertad de expresión – la capacidad de expresar nuestro pensamiento y nuestros impulsos creativos.
- Relaciones – participación en comunidades elegidas libremente.
- Privacidad – acceso a zonas de intimidad en las cuales nuestras relaciones puedan ser cultivadas y desarrolladas.

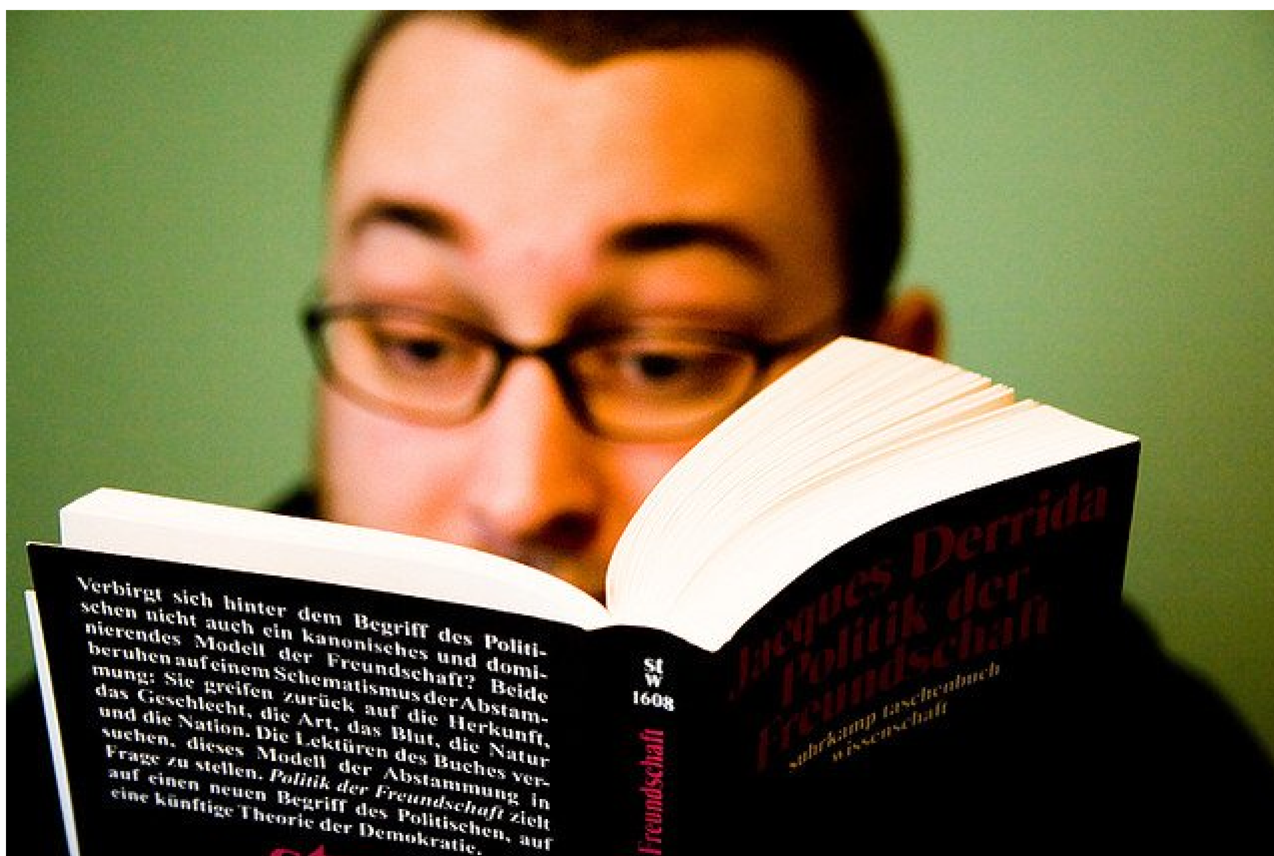


Imagen de → Martin Gommel via Compfight cc

El derecho de autor, conformado apropiadamente, puede ayudar a estimular una cultura que permita a la mayoría de la gente vivir una vida de este tipo. Por ejemplo, puede ayudar a promover la rica tradición artística, apoyar un fuerte sistema educativo accesible para todos, alentar a la gente a modificar los productos culturales que consumen y por último, aunque no menos importante, incrementar el acceso al conocimiento a través de un sistema bibliotecario sólido y universalmente accesible.

Mal construido, el derecho de autor puede dañar todos estos valores –frenar la innovación artística, frustrar los esfuerzos de los docentes para diseñar y distribuir materiales educativos de calidad, desalentar las modificaciones en el uso de bienes culturales y hacer el trabajo de las bibliotecas más difícil y costoso. En gran medida, todo esto depende de la forma en que se formula y aplica el derecho de autor.

1.3 Recursos adicionales

La bibliografía sobre derecho de autor es extensa pero, desafortunadamente, muy poca de ella está disponible en línea en español. Las siguientes referencias son una muestra representativa de los temas. Un número mayor de fuentes pueden encontrarse en las notas al pie de página de estos artículos.

Generales:

- William Fisher, "Theories of Intellectual Property", in Stephen Munzer, ed., New Essays in the Legal and Political Theory of Property (Cambridge University Press, 2001) (Chinese translation, by Haifeng Huang, in Chinese Intellectual Property Review 1 (2002): 1.).
- Seanna Shiffrin, "Intellectual Property", in A Companion to Contemporary Political Philosophy (edited by Robert Goodin, Philip Pettit, and Thomas Pogge, Blackwell, 2007).

Teoría de la justicia:

- Robert Merges, "Locke for the Masses: Property Rights and the Products of Collective Creativity" (2009).
- Alfred C. Yen, "Restoring the Natural Law: Copyright as Labor and Possession", Ohio State Law Journal 51 (1990): 517.

Teoría del bienestar:

- Peter Menell and Suzanne Scotchmer, "Intellectual Property", chapter in "Handbook of Law and Economics", edited by A. Mitchell Polinsky and Steven Shavell (2007) (with S. Scotchmer).
- William Landes and Richard Posner, "The Economic Structure of Intellectual Property Law" (Harvard University Press 2003).
- Joseph E. Stiglitz, "Economic Foundations of Intellectual Property Rights" (2003).
- Steven Shavell and Tanguy Van Ypersele, "Rewards versus Intellectual Property Rights" (1999).

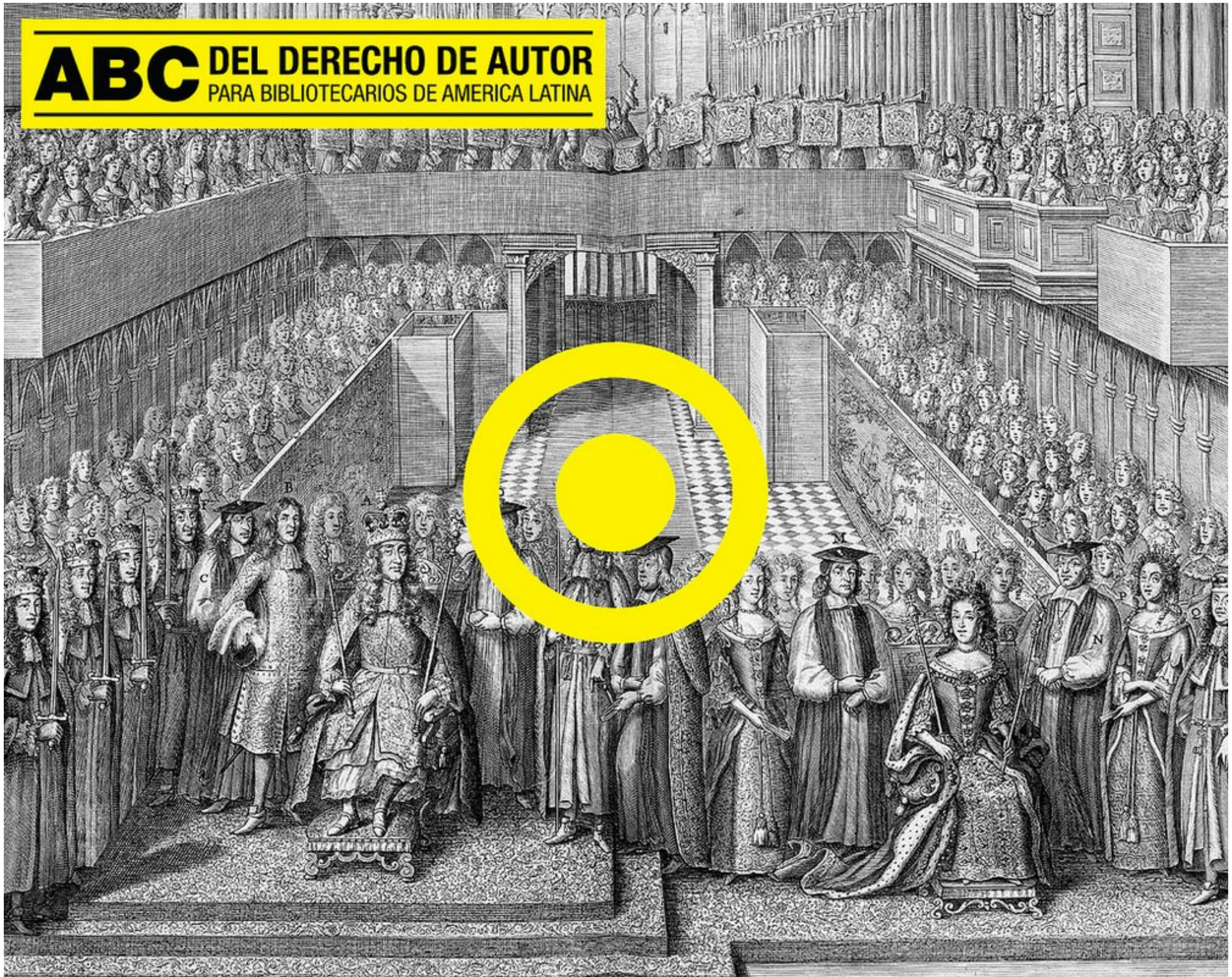
Teoría de la paternidad:

- Margaret Jane Radin, “Property and Personhood” (1993) Justin Hughes, “The Philosophy of Intellectual Property,” 77 Georgetown Law Review 287 (1988).

Teoría cultural:

- Neil Netanel, “Copyright and a Democratic Civil Society”, 106 Yale Law Journal 283 (1996).
- William Fisher, “The Implications for Law of User Innovation”, Minnesota Law Review, Vol. 94, No. 5, 2010.

Capítulo 2 - El Derecho de Autor y el Dominio Público



2.1 Objetivo del capítulo

Este capítulo explora los **conceptos básicos de la legislación sobre derechos de autor**. Proporciona una introducción general a los elementos del derecho de autor que son de importancia para los bibliotecarios.

2.2 Estudio de caso

“Quiero hacer un curso para mis estudiantes. ¿Qué materiales puedo incluir?”

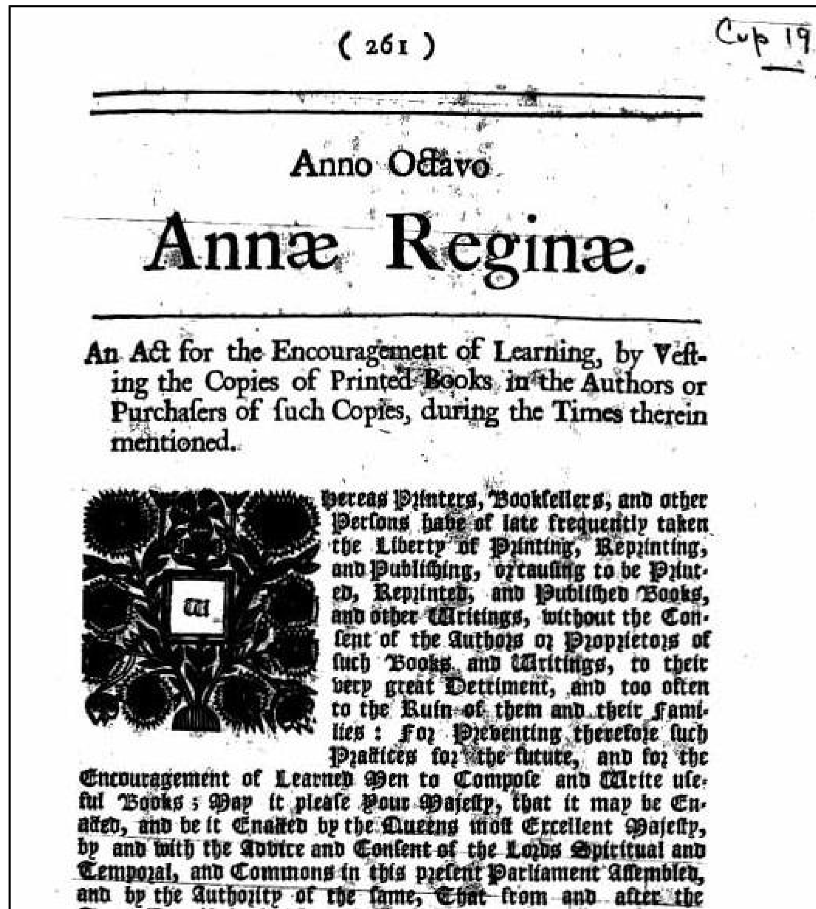
Ángela, una profesora de música, visita la biblioteca de su escuela para organizar un curso para sus estudiantes. Le gustaría incluir extractos de libros, recursos electrónicos y partituras musicales. También quisiera publicar selecciones musicales y videograbaciones online, con sus comentarios. Nadia, la bibliotecaria, le explica a Ángela lo que puede y no puede hacer, según la legislación de derechos de autor.

2.3 ¿Qué es el Derecho de Autor?

El **Derecho de Autor** es un concepto legal que concede a los autores y artistas el **control sobre ciertos usos de sus creaciones durante períodos de tiempo definidos**. Limita quién puede **copiar, cambiar, ejecutar o compartir** esas creaciones. Como se vio en la Introducción, existen varios puntos de vista referidos a los propósitos de las leyes del derecho de autor. Uno de ellos es que la legislación fomenta la creatividad al permitir a sus creadores beneficiarse de su trabajo.

Este objetivo del derecho de autor se ve reflejado en el texto de muchas leyes referidas al tema. Por ejemplo, la Copyright Clause 1 (en español, Cláusula sobre Derecho de Autor 1) de la Constitución de Estados Unidos especifica que el Congreso de ese país puede conceder a los autores protección de derecho de autor por sus trabajos durante un tiempo limitado, a fin “de promover el avance de la ciencia y las artes útiles” (Constitución estadounidense, Artículo 1, Sección 8, Cláusula 8).

De forma similar, el propósito del Statute of Anne (en español, Estatuto de Anne), el primer estatuto de derecho de autor de Inglaterra, es el de “fomentar el aprendizaje” (8 Anne Chapter 19, 1710).


(261)

Cup 19

Anno Octavo

Annæ Reginæ.

An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned.

Whereas Printers, Booksellers, and other Persons have of late frequently taken the Liberty of Printing, Reprinting, and Publishing, or causing to be Printed, Reprinted, and Published Books, and other Writings, without the Consent of the Authors or Proprietors of such Books and Writings, to their very great Detriment, and too often to the Ruin of them and their Families: For Preventing therefore such Practices for the future, and for the Encouragement of Learned Men to Compose and Write useful Books; May it please Your Majesty, that it may be Enacted, and be it Enacted by the Queens most Excellent Majesty, by and with the Advice and Consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons in this present Parliament Assembled, and by the Authority of the same, That from and after the

El Estatuto de la Reina Ana. Fuente: Wikimedia Commons

Otro punto de vista es el de que el derecho asegura que los autores reciban un pago justo por su esfuerzo. Un tercer punto de vista es que el trabajo creativo es una expresión de la personalidad de su creador, y por lo tanto debería protegerse contra el uso sin permiso de su autor.

Aunque las leyes de derecho de autor conceden muchos derechos a sus autores, también los limita de varias maneras. Muchas de estas limitaciones son específicas pero otras son amplias. **Varias de ellas, como veremos, permiten a los bibliotecarios utilizar o difundir materiales que tienen derecho de autor con mayor libertad**.

2.4 ¿Qué es el Dominio Público?

El Dominio Público es el nombre dado al conjunto de los trabajos creativos que no están protegidos por la legislación de los derechos de autor –ya sea porque no están cubiertos por los términos delimitados por la legislación, porque sus creadores no cumplieron con requerimientos

formales en el pasado, o porque sus creadores donaron voluntariamente al público en general los derechos que pudieron generar.

I



Imagen de → Naberacka via Compfight cc

Como ejemplo, supongamos que en el país ficticio Booktonia, el derecho de autor tiene un plazo de vigencia de 20 años. Si una publicación fue escrita en 1980, la protección de derecho de autor para el libro en Booktonia habría finalizado 20 años después, en el 2000. Una vez que el derecho de autor de un trabajo expira, se dice que el trabajo entra al Dominio Público. Y una vez que el trabajo está en el Dominio Público, las restricciones de la legislación del derecho de autor no se aplican más y cualquiera puede copiar, volver a utilizar o compartir ese trabajo como lo desee.

El Dominio Público funciona como un fondo común de material creativo al que cualquiera puede acceder. Proporciona a los autores la materia prima a partir de la cual puede confeccionarse la siguiente generación de libros, películas, canciones y conocimiento. Tal como escribió el poeta inglés Chaucer en el siglo XIV (cuyo trabajo está ahora en el Dominio Público):

> “For out of the old fields, as men say, Comes all this new corn, from year to year; And out of old books, in good faith, Comes all this new science that men learn.” (en español, “Porque de los campos viejos, como dicen los hombres, viene todo este maíz nuevo, año a año; Y de los libros viejos, de buena fe, proviene toda esta nueva ciencia que los hombres aprenden”).

2.5 ¿Quién redacta la legislación de Derecho de Autor?



Imagen de → SalFalko via Compfight cc

Varios **tratados internacionales** fijan normas que todos los países firmantes deben cumplir en el momento de adoptar o cambiar sus legislaciones de derecho de autor. Sin embargo, **dentro de esa limitación, cada nación establece su propio conjunto de leyes**.

Esas normas determinan quién puede acceder al derecho de autor, qué derechos tiene el titular del derecho de autor y cuál es la duración de ese derecho. Como resultado, **la legislación del derecho de autor varía significativamente de un país a otro**.

En todos los países, la legislación del derecho de autor está confeccionada en parte por legislaturas que adoptan, y a veces modifican los estatutos sobre derecho de autor, y tribunales que ajustan y clarifican las provisiones de los estatutos cuando se aplican a casos particulares.

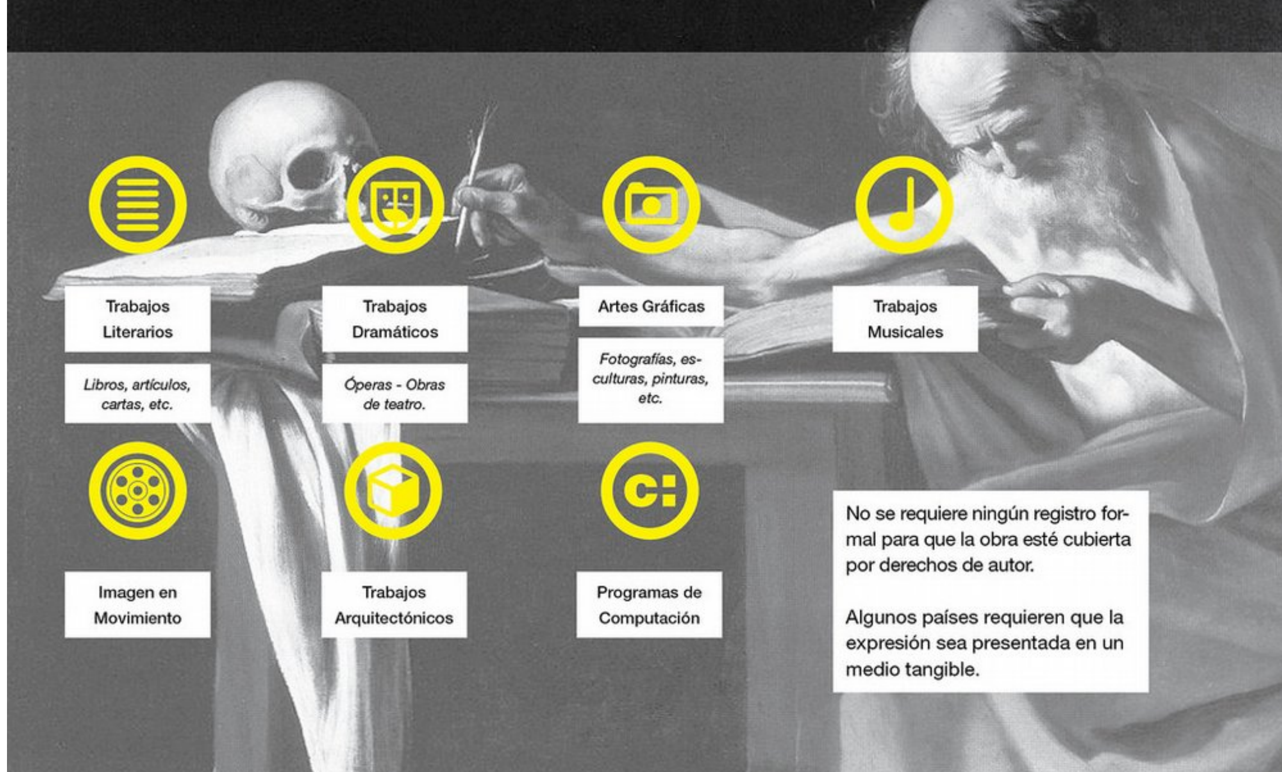
En los países donde se practica el common law , los tribunales desempeñan un papel más importante que en los países donde rige el derecho civil, pero la diferencia no es grande. En algunos países, los sistemas legales religiosos también afectan las leyes de derecho de autor. Una explicación sobre los tres tipos principales de sistemas legales, así como un mapa de los sistemas legales de los diferentes países, puede leerse aquí.

Sin embargo, y sin importar cuál sea el sistema legal, la legislación referente a derecho de autor cambia constantemente para afrontar nuevos desafíos creativos, tecnológicos y sociales. Estos cambios, a menudo están fomentados por grupos de interés que buscan beneficiar a sus miembros. La comunidad bibliotecaria siempre ha desempeñado un rol importante en la confección de leyes de derecho de autor, y puede ser aun más importante en el futuro.

2.6 ¿Qué cubre la legislación de Derecho de Autor?

Las leyes de Derecho de Autor cubren "todos los trabajos de autoría original". Esta autoría original se presenta en muchas formas. Por ejemplo, en casi todos los países, los siguientes ítems están protegidos por leyes de derecho de autor:

- Trabajos literarios (libros, artículos, cartas, etc.);
- trabajos musicales;
- trabajos dramáticos (óperas, obras de teatro);
- artes gráficas (fotografías, esculturas, pinturas, etc.);
- imágenes en movimiento y trabajos audiovisuales (películas, videos, programas televisivos, etc.);
- trabajos arquitectónicos; y
- programas de computación.



En algunos países, las grabaciones sonoras también están cubiertas por las leyes de derecho de autor. En otros países, las grabaciones sonoras están protegidas por normas relacionadas y separadas, conocidas como “derechos conexos”. En algunos países, los trabajos gubernamentales, como mapas, informes oficiales y opiniones judiciales, están protegidos por leyes de derecho de autor, mientras que en otros se consideran parte del Dominio Público.

Es importante recordar que **el derecho de autor nunca se aplica a ideas o hechos. Solo cubre “expresiones originales”**, es decir la manera característica como se transmiten las ideas. Por lo tanto, a manera de ejemplo, la información incluida en un libro de texto científico no está protegida por las leyes del derecho de autor. Después de leer el libro de texto, el lector tiene la libertad de escribir y publicar un nuevo libro que transmita la misma información con palabras diferentes. De igual manera, después de leer un trabajo de historia, se tiene la libertad de escribir una novela que incorpore hechos históricos.



Imagen de → fore via Compfight cc

Unos pocos países (muy especialmente los Estados Unidos) requieren que la expresión original esté presentada en un medio tangible, por ejemplo papel o un formato de grabación digital, para poder beneficiarse de la legislación sobre derecho de autor. En esos países, las actuaciones improvisadas, por ejemplo de jazz o bailes, no se protegen a menos que sus autores las graben. La legislación sobre derecho de autor cubre trabajos que no han sido publicados o no se han hecho públicos. De esta forma, por ejemplo, las cartas privadas, diarios personales y los mensajes de correo electrónico están todos protegidos por esas leyes.

Algunos países solían exigir a las obras publicadas, registrarse en una oficina central, o tener un aviso de derecho de autor con el nombre del autor y el año de publicación para beneficiarse de la ley de derecho de autor. Estas formalidades ya no son necesarias para que un trabajo esté cubierto por la legislación de derecho de autor . Sin embargo, el trámite para su **registro** puede ayudar a probar una autoría o a identificar a quién debe contactarse para solicitar el permiso antes de que un trabajo pueda ser utilizado. En algunos países, es necesario registrar un trabajo antes que se le permita al autor demandar a alguien por alguna infracción relacionada con el tema (los autores extranjeros, sin embargo, están exentos de este requisito). Además, algunos países continúan

solicitando a los editores que depositen una copia de cada nuevo trabajo en una oficina específica, tal como una biblioteca nacional.

2.7 ¿A quién se le otorga el Derecho de Autor?

El derecho de autor se le otorga normalmente al autor de un trabajo. Si se escribe una novela, se pinta un cuadro o se compone una canción, se obtiene el derecho de autor por la creación. La situación es más complicada si se trata de un empleado que es autor de un trabajo realizado como parte del empleo. Hay muchísimas variantes entre los países que tratan estas situaciones. Frecuentemente, en países que siguen la tradición del "common law", el derecho de autor de un trabajo preparado por un empleado dentro de las funciones de su empleo, recae en el empleador. Contrariamente, en los países que siguen la tradición del derecho civil, el derecho recae en el empleado. Sin embargo, en los países que tienen derecho civil, los contratos de empleo o aún la legislación sobre derecho de autor a menudo le dan a los empleadores derechos sobre las creaciones de sus empleados, que son similares (pero no idénticos) a los derechos de autor que disfrutan los empleadores en los países que utilizan el derecho común. Finalmente, en Estados Unidos y algunos otros países, cuando se crean tipos de trabajo específicos en circunstancias especiales por contratistas independientes, los contratistas y las organizaciones que ofrecen los trabajos pueden acordar por escrito que se les otorguen los derechos.

2.8 ¿Qué derechos incluye el Derecho de Autor?

Los derechos que surgen del Derecho de Autor se dividen en dos categorías: derechos económicos y derechos morales. Los derechos económicos buscan que los autores tengan la oportunidad de usar sus trabajos para obtener un beneficio económico. Esto es algo que únicamente el titular del derecho de autor puede hacer, a menos que ceda el permiso a otros (a continuación se discuten las excepciones importantes al requerimiento de obtener el permiso del titular del derecho de autor, tales como el uso legítimo o justo y licencias obligatorias).



Imagen de → Great Beyond via Compfight cc

Los derechos económicos primarios son:

- El derecho de reproducir el trabajo; es decir, realizar copias del mismo;
- el derecho a crear trabajos derivados (tales como traducciones, copias abreviadas o adaptaciones);
- el derecho a distribuir el trabajo, por ejemplo, a través de venta o alquiler de las copias; y
- el derecho a ejecutar o exhibir el trabajo públicamente.

Los derechos morales están previstos para proteger los intereses de los autores en sus creaciones, que no refieren a lo económico. Los derechos morales no existen en todos los países. En general, estos son ampliamente reconocidos y se cumplen con mayor firmeza en los países que aplican el derecho civil que en los de derecho común.

Los derechos morales primarios son:

- El derecho a la integridad, por ejemplo el derecho a evitar la destrucción o mutilación de una pintura o escultura;
- el derecho al reconocimiento; es decir, el derecho a recibir el crédito que corresponda a la creación y no ser inculpado por algo que no haya creado;
- el derecho a la divulgación (el derecho a determinar cuándo y si un trabajo se hará público);
- el derecho a la supresión (el derecho –en algunas circunstancias limitadas– a retirar de circulación las copias de un trabajo que su autor lamenta haber realizado).

Los **“derechos conexos”**, a veces llamados “derechos relacionados”, son parientes cercanos de los derechos de autor. Los derechos conexos más antiguos y conocidos son los derechos económicos otorgados a personas que no son autores de un trabajo pero que contribuyen a su creación, tales como intérpretes, productores y asociaciones de difusión.

Algunos países también tienen derechos relacionados con la **privacidad** y la publicidad que complementan los derechos de autor. Por ejemplo, algunos países impiden la distribución pública de trabajos que contienen información personal identificable, a menos que la persona mencionada haya concedido el permiso.

2.9 Los límites del Derecho de Autor

Muchos libros antiguos, artículos, grabaciones y otros trabajos son parte del **Dominio Público.** Estos materiales pueden ser utilizados por cualquier persona para cualquier propósito. Lamentablemente, no es siempre sencillo averiguar cuándo un trabajo en particular está dentro del Dominio Público. A veces, el titular de un derecho de autor entrega un trabajo al Dominio Público antes que el derecho de autor expire, de forma similar a un propietario de tierras que a veces dona la propiedad a una ciudad para que se transforme en un parque. En estos casos, el trabajo puede ser usado libremente de forma inmediata.

De forma similar, la legislación de derecho de autor de cada país incluye **excepciones y limitaciones a los derechos de autor**. Y estas identifican **actividades que los usuarios pueden**

realizar sin temor a infringir los derechos de autor. Si bien estas excepciones varían según los países, algunos ejemplos comunes incluyen la **copia para uso personal, la cita** de párrafos cortos de trabajos literarios con fines de crítica, el **fotocopiado por razones de archivo** por parte de las bibliotecas, y **la conversión de trabajos en formatos accesibles** para personas discapacitadas. Otras excepciones son más amplias y no tan bien definidas como la doctrina del **uso legítimo o justo** de Estados Unidos y del **trato justo** que se emplea en algunos países africanos.

Finalmente, la mayoría de los países tienen sistemas de **licencias obligatorias** para ciertos tipos de trabajos. En el sistema de licencias obligatorias, los titulares del derecho de autor tienen que permitir ciertos usos de sus trabajos, con la condición de que el usuario pague una tarifa fijada por una entidad gubernamental o por un tribunal. Este régimen se está convirtiendo en algo cada vez más común.

2.10 Licencias de Derecho de Autor

Si no se aplican estas excepciones o limitaciones, aun es posible el uso de un trabajo con derecho de autor. Para eso, el usuario debe obtener una licencia del titular del derecho que le permitirá usar el contenido en una forma particular. El titular puede solicitar una remuneración por ese uso, o puede permitir el uso libre del mismo. La licencia debe ser específica y por escrito, a fin de evitar confusiones.

No siempre es necesario contactar directamente al titular del derecho de autor para obtener una licencia de uso. Muchos países tienen **sociedades de gestión colectiva** (también conocidas como organizaciones de administración colectiva), que actúan como agentes para grandes números de titulares de derechos de autor. Estas organizaciones administran permisos pertenecientes a una amplia variedad de usos de materiales de propiedad intelectual. Los ejemplos incluyen la difusión de composiciones musicales y el uso de tecnología moderna variada para reproducir trabajos gráficos o literarios.



Imagen de → Marc Roberts via Compfight cc

Otro grupo de organizaciones asisten y alientan a aquellos titulares de derecho de autor dispuestos a ceder algunos de sus derechos de una forma gratuita. Los más conocidos son Creative Commons y Free Software Foundation, pero están surgiendo otros (ver capítulo 7).

2.11 De regreso al estudio de caso

Nadia (la bibliotecaria) ayudará a Ángela (la docente) a organizar los materiales que ha recopilado haciéndole una serie de preguntas:

- ¿Están algunos de estos materiales en el dominio público?
- ¿Algunos de los materiales restantes tienen permiso a través de una licencia Creative Commons o similar, que permitan su uso?
- ¿Algunos de los materiales restantes tienen uso gratuito a través de excepciones estatutarias contenidas en la legislación de derechos de autor de la nación?
- ¿Posee la biblioteca una licencia de uso de materiales en la forma en que Ángela propone?

- Si los materiales están en el dominio público, tienen permiso de uso libre a través de una licencia Creative Commons, están cubiertos por un estatuto de exención, o están incluidos en las licencias existentes, pueden usarse. Si no, Ángela necesitará obtener permisos de los titulares del derecho de autor o de una organización de gestión colectiva de derechos.

2.12 Recursos adicionales

Bibliográficos:

Se puede encontrar un debate sobre los aspectos de la legislación de derecho de autor que afecta a los bibliotecarios y, en particular, a los bibliotecarios de los países en desarrollo en:

- EIFL Handbook on Copyright and Related Issues for Libraries (en inglés y francés, entre otros).
- Carol H. Henderson, autora de "Libraries as Creatures of Copyright: Why Librarians Care about Intellectual Property Law and Policy" (1998) (en español, "Bibliotecas como criaturas del derecho de autor. Por qué a los bibliotecarios les importa la ley y políticas sobre Propiedad Intelectual") y ex-directora ejecutiva de la oficina de Washington de la Asociación de Bibliotecas Estadounidenses, expone en este artículo los roles que desempeñan los bibliotecarios en el mantenimiento del equilibrio de los derechos de autor (en inglés).
- Un breve debate entre los Profesores William Fisher y Justin Hughes, organizado en mayo del 2009 por la revista The Economist, examina las ventajas y desventajas del sistema de derecho de autor (en inglés).
- El Research Center for the Legal System of Intellectual Property (RCLIP, en español: Centro de Investigación para el Sistema Legal de Propiedad Intelectual), en cooperación con el Center for Advanced Study & Research on Intellectual Property (CASRIP, en español: Centro para el Estudio e Investigación Avanzada sobre Propiedad Intelectual) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Washington, está confeccionando una base de datos de decisiones judiciales que involucra la propiedad intelectual (incluyendo la legislación de derecho de autor) en cada país del mundo. La base de datos no está completa todavía, pero ya constituye una herramienta de investigación de alto valor, particularmente para países

asiáticos.

- Un mapa, preparado por William Fisher, en el que se describen las principales características de la legislación de derecho de autor en Estados Unidos y, a menor escala, en otros países, está disponible aquí (en inglés).
- A Fair(y) Use Tale es un cortometraje del 2008 sobre derecho de autor y uso justo en Estados Unidos. Según la sinopsis, el profesor Eric Faden de la Universidad Bucknell creó esta reseña humorística e informativa de los principios del derecho de autor a través de las palabras de los creadores de la terminología.
- Los documentales Steal This Film Part I (2006) (en español: Roba esta película Parte I) y Steal This Film Part II (2007) (en español: Roba esta película Parte II), producidos por The League of Noble Peers (en español: La Liga de Pares Nobles), ofrece un punto de vista entretenido y altamente crítico de las tendencias recientes hacia el fortalecimiento de los derechos de los titulares de derechos de autor, en particular con respecto al intercambio no autorizado de música y películas (en inglés).
- Un artículo que sirve para determinar qué trabajos se encuentran en el dominio público en los Estados Unidos, ha sido proporcionado por Michael Brewer y la oficina de la Asociación de Bibliotecas Estadounidenses para la Política Tecnológica de la Información (en inglés).
- A Librarian's 2.0 Manifesto (en español: Manifiesto 2.0 de un bibliotecario), proporciona una concepción incitante de las responsabilidades de los bibliotecarios, particularmente en un ambiente caracterizado por los vertiginosos cambios tecnológicos (en inglés).

Casos:

Las siguientes opiniones judiciales exploran y aplican alguno de los principios presentados en este capítulo:

- Telegraph Group, Ltd. v. Ashdown, Part 10 Case 13 (Court of Appeal, England & Wales, 2001). Sobre las relaciones entre la libertad de expresión, el interés público y los derechos de propiedad intelectual (en inglés).

Capítulo 3 - El alcance del Derecho de Autor

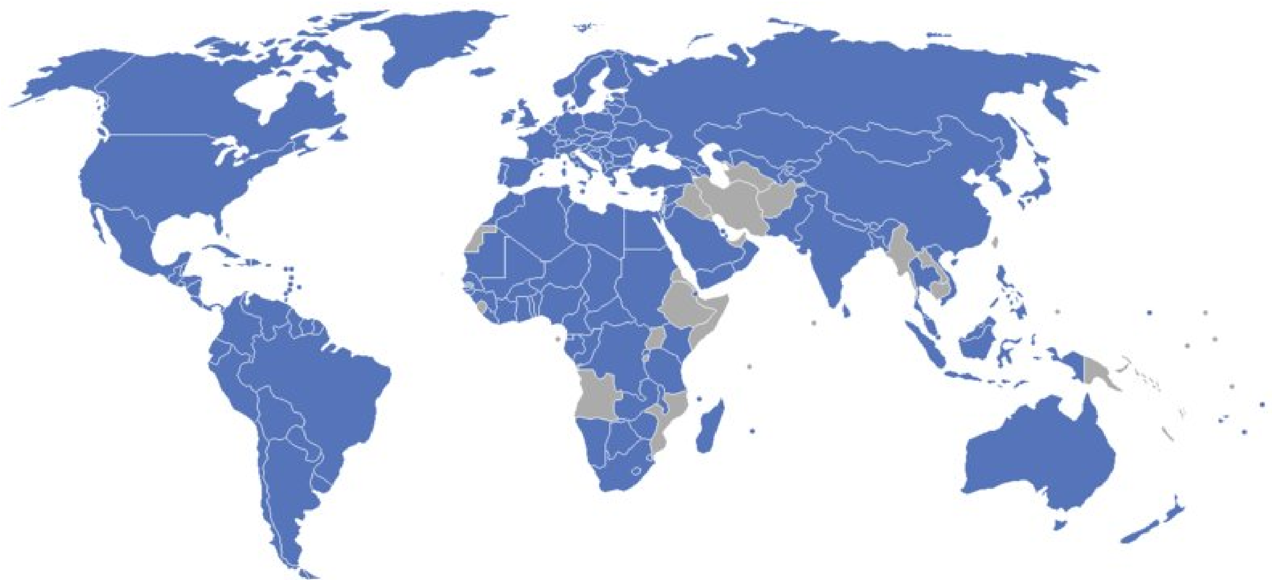


3.1 Objetivo del capítulo

Este capítulo discute los distintos tipos de creaciones y actividades que puede o no contemplar la ley de derecho de autor.

3.2 ¿Qué es lo que protege el Derecho de Autor?

3.2.1 La definición de obra literaria o artística



Estados parte del Convenio de Berna. Tomado de Wikimedia Commons - Licencia Creative Commons Attribution-Share Alike 3.0 Unported.

El derecho de autor regula la realización de copias de trabajos literarios o artísticos. El artículo 2, Sección 1 del Convenio de Berna define "obras literarias y artísticas" como sigue:

> "Los términos «obras literarias y artísticas» comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias."

Para obtener la protección, una obra que se encuentre en esta amplia categoría, debe satisfacer dos requerimientos básicos: originalidad y fijación.

3.2.2 El concepto de originalidad



Imagen de → _Max-B via Compfight cc

Ni la Convención de Berna 8 ni el Acuerdo sobre los ADPIC exigen expresamente la originalidad de un trabajo para ser protegido por la ley de derecho de autor. Sin embargo, la mayoría de los países solicitan que el trabajo posea algún tipo de originalidad para obtener la protección. Lamentablemente, no existe un estándar mínimo internacional para el concepto de originalidad. Cada país establece el estándar de originalidad que requiere una obra. En algunos países tales como los EE.UU. y Canadá, la originalidad exige únicamente una "concepción independiente" y lo "estrictamente necesario" de creatividad. En otros países tales como Francia, España y países en desarrollo, influenciados por la tradición del derecho civil, la originalidad es definida como la "impronta/sello de la personalidad del autor" en la obra.

En la mayoría de los países, la autoría no necesita ser original, ingeniosa o tener méritos estéticos para satisfacer los requerimientos de originalidad. Por ejemplo, la Corte Suprema de los EE.UU. en Feist Publications v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991), definió como único requisito que la obra sea creada independientemente por el autor y que posea "como mínimo, un exiguo nivel de creatividad". Según esa Corte, el nivel exigido de creatividad es extremadamente bajo y un trabajo solo requiere tener una chispa de creatividad, sin importar cuán rudimentario, humilde u obvio parezca.

3.2.3 Fijación



Imagen de → ChrisM70 via Compfight cc

El Convenio de Berna permite que los países miembros decidan si las obras de autor deben ser o no "fijadas" en algún medio físico. El artículo 2, sección 2 de la Convención establece: "queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer que las obras literarias y artísticas o algunos de sus géneros no estarán protegidos mientras no hayan sido fijados en un soporte material."

Muchos países no exigen que para que una obra sea protegida, sea producida en una forma en particular. Por ejemplo España, Francia y Australia no exigen la fijación para la protección del derecho de autor. Los EE.UU. y Canadá por otra parte, requieren que la obra sea "fijada en un medio tangible de expresión" para obtener la protección del derecho de autor. La legislación de los EE.UU. exige que la fijación sea estable y lo suficientemente permanente para ser "percibida, reproducida o comunicada por un período igual o mayor a la duración transitoria". En forma similar, las cortes canadienses exigen que la fijación de la obra se exprese hasta cierta forma, en al menos una forma material, capaz de ser identificada y tener una mayor o menor duración.

La definición de "fijación" en los EE.UU. excluye lo "puramente evanescente o reproducción efímera tales como las proyecciones breves sobre una pantalla, exhibidas electrónicamente en la televisión u otros tubos de rayos catódicos, o capturadas momentáneamente en la memoria de una computadora". Muchas cortes, incluidas aquellas en los EE.UU., han considerado como fijación a los programas de computación que han sido almacenados en un chip. Los efectos audiovisuales de los juegos de computación son comúnmente considerados fijados ya que su repetitividad los hace "suficientemente permanentes y estables".

Los requerimientos de fijación pueden representar un problema cuando se aplican a representaciones en vivo. Por ejemplo, la ley de los EE.UU. especifica que una obra debe ser fijada "por, o bajo la autorización del autor". Esta ley produce algunos efectos sorprendentes. Si un coreógrafo contrata a alguien para realizar el video del espectáculo, el coreógrafo no recibiría la protección del derecho de autor porque esa representación no fue fijada bajo su autoría. Los países que otorgan el derecho de autor sin importar la fijación están exentos de estos problemas.

El acuerdo sobre los ADPIC exige que todos los miembros de la OMC protejan las representaciones musicales en vivo. Esto significa que aun los países que exigen la fijación, deben promulgar estatutos para asegurar la protección de representaciones musicales que no tienen fijación. Los EE.UU., por ejemplo, promulgaron una disposición especial prohibiendo la "fijación o transmisión de espectáculos musicales en vivo sin el consentimiento de los intérpretes, y prohibiendo la reproducción de copias o grabaciones sonoras de una ejecución musical en vivo sin autorización para su fijación". Advierta sin embargo que esta provisión se limita a ejecuciones "musicales" y no se aplica a otro tipo de representaciones.

3.2.4 La exclusión de las ideas en la protección del derecho de autor

Como se discutió en el capítulo anterior, **el derecho de autor no protege ideas ni hechos.** En cambio, la ley de derecho de autor solamente **protege la expresión de esas ideas o hechos**. El estatuto de derecho de autor de los EE.UU. es un ejemplo típico. El mismo dice que "en ningún caso la protección del derecho de autor de una obra de autor original se aplicará a una idea, procedimiento, proceso, sistema, método de operación, concepto, principio, o descubrimiento, sin importar la forma en la que sea descrita, explicada, ilustrada o plasmada en tal obra." (17 U.S.C. Section 102 (b)).

El mismo principio puede encontrarse en los tratados de derecho de autor más importantes. El Convenio de Berna, por ejemplo, establece que **la protección "no se aplicará a las noticias** del día ni de los sucesos que tengan el carácter de simples informaciones de prensa." Tanto el acuerdo sobre los ADPIC como el tratado de la OMPI sobre el Derecho de Autor, establecen que mientras las expresiones son sujetas al derecho de autor, las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos, no lo son.



Imagen de → Thorsten Becker via Compfight cc

El excluir hechos e ideas de la protección, ayuda a promover el interés público en la libertad de expresión. Si se extendiera el derecho de autor para proteger las ideas y hechos, inhibiría el debate público al permitir a los titulares de derecho de autor, controlar los usos de los conceptos o la información contenida en sus obras. Tanto la libertad política como el progreso del conocimiento se resentirían. Además, excluir de la protección a los hechos y los pilares fundamentales de la información (tales como las noticias del día), asegura que no se menoscaben los procesos básicos de la producción cultural.

En ocasiones, **una idea y su expresión pueden no ser fáciles de distinguir**. Si existe una única

forma de expresar una idea en particular, se dice que la idea y la expresión se “fusionan”. La “doctrina de fusión” (merger doctrine) en el derecho de autor fue desarrollada para enfrentar tales casos, removiendo del alcance de la protección del derecho de autor aquellas expresiones que constituyen la única forma de comunicar una idea. ¿Qué sucede en las situaciones donde una idea únicamente puede ser expresada en un número limitado de formas? Las cortes de algunos países tratan esas situaciones, otorgando una limitada protección de derecho de autor a esas expresiones. Dicho de otra forma, prohibiendo únicamente copias literales o virtualmente idénticas.

3.2.5 Poseer una copia versus poseer el Derecho de Autor



Imagen de → Thomas Hawk via Compfight cc

La propiedad de una copia física de una obra es distinta a poseer el derecho de autor de la obra. Tan solo porque se posee una copia de un libro, no significa que se es libre de copiarlo.

Normalmente, cuando un creador vende o transfiere una copia de su obra a otra persona, no renuncia al derecho de autor a menos que acuerde expresamente hacerlo. Por lo tanto, el autor de una carta o un correo electrónico retiene el derecho de autor de su carta aun luego de haberla enviado al destinatario.

Aun cuando el propietario de una copia material que posee derecho de autor no está autorizado a copiarla sin permiso, él o ella es por lo general libre de venderla o alquilarla a otras personas. La regla que genera este privilegio es conocida como la **doctrina de la "primera venta"** en Estados Unidos, pero en nuestros países debemos referirnos al **"agotamiento del derecho de distribución"**. Como luego veremos, esta figura está sujeta a ciertas excepciones que involucran el alquiler comercial de algunos tipos de materiales, pero, además puede suceder que no se aplique en algunos países. Por ejemplo, en Colombia no existe esta figura legal y por tanto, el no agotamiento del derecho de distribución da un control total al titular sobre la distribución futura de su obra. Esto ha dado la base para que la autoridad de derecho de autor de Colombia (Dirección Nacional de Derecho de Autor) afirme que el préstamo público que se hace en las bibliotecas es una especie del derecho exclusivo de distribución y en consecuencia, al no existir agotamiento en la ley nacional, el titular puede exigirle a una biblioteca que tramite la autorización previa y expresa para realizar la actividad de préstamo al público que suele hacer (Concepto Jurídico de la DNDA dentro del radicado 1-2005-4826 de 2005).

Por lo general, el propietario legítimo de una copia cuya obra posee derecho de autor, es también libre de destruirla y mutilarla. Sin embargo, algunos tratados y sistemas legales nacionales reconocen los "derechos morales" que imponen límites al propietario para actuar de esta manera. El Convenio de Berna, por ejemplo, especifica que: "Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación."

3.3 ¿Qué es un autor?

3.3.1 Reglas para el derecho de propiedad: cómo determinar el titular original de los derechos

La Convención de Berna proporciona a los países miembros una amplia flexibilidad para determinar quién es considerado un autor (y por lo tanto el titular original del derecho de autor) de una obra artística o literaria. El artículo 15(1) de la Convención indica:

> “Para que los autores de las obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio sean, salvo prueba en contrario, considerados como tales y admitidos, en consecuencia, ante los tribunales de los países de la Unión para demandar a los defraudadores, bastará que su nombre aparezca estampado en la obra en la forma usual. El presente párrafo se aplicará también cuando ese nombre sea seudónimo que por lo conocido no deje la menor duda sobre la identidad del autor.”

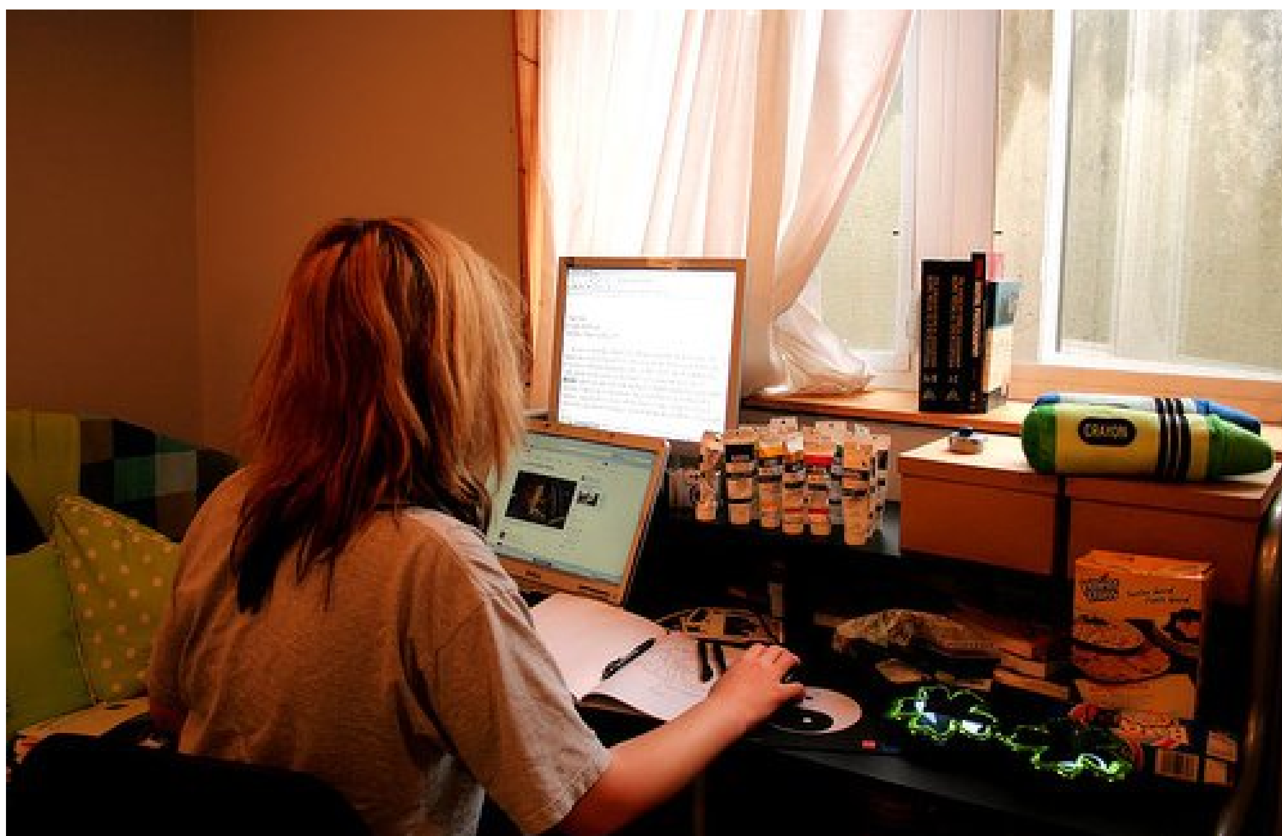


Imagen de → Chapendra via Compfight cc

En la mayoría de los países donde se aplica el sistema de derecho civil, se estipula que únicamente las “personas” comunes y corrientes califican como autores. La legislación de derecho de autor de España por ejemplo, especifica que serán considerados autores las personas físicas que crean cualquier obra literaria, artística o científica. En forma similar, la legislación de derecho de autor francesa establece que a no ser que se pruebe otra cosa, la autoría pertenecerá a la persona o personas bajo cuyo nombre se divulga la obra. En los países latinoamericanos que son parte del Pacto Andino, también se sigue esa corriente pues se define autor como “Persona física que realiza la creación intelectual”. **En los países donde se aplica el sistema de derecho de autor común (common law) en contraste, se permite más frecuentemente a las organizaciones (incluyendo las corporaciones), calificar como “autores”**.

El autor por lo general se define como la persona que concibe y da expresión a una idea. Sin embargo, en algunos casos, esta determinación se convierte en algo más complicado. Puede depender en quién asista en la producción de la obra o quién supervisa y dirige el arreglo de los detalles de la obra. En tales casos, la determinación de autoría dependerá en los hechos del caso específico.

3.3.2 Obras de autores múltiples: Reglas para autoría compartida y colaboradores

La autoría compartida existe cuando dos o más personas crean una obra protegida por el derecho de autor. El derecho de autor en la mayoría de los países otorga a cada colaborador una participación indivisa del derecho de autor de la obra. La Convención de Berna reconoce la autoría compartida pero no especifica los requerimientos para la misma, creando significativas variantes entre las naciones.



Imagen de → friendly terrorist via Compfight cc

Algunos países en Europa continental estipulan que la autoría compartida no requiere que cada autor contribuya a la obra de la misma forma. Sin embargo, exigen que la contribución de cada autor muestre un mínimo de creatividad u originalidad necesarias en la jurisdicción competente, para que amerite la protección del derecho de autor en su justa parte. En aplicación de este enfoque, la corte suprema de Holanda, en la decisión Kluwer v. Lamoth, 169 R.I.D.A. 129 (1996), le otorgó a un artesano el status de coautoría por acomodar creativamente un trabajo de bordado y costura para un fotógrafo. En Colombia se presentó una disputa legal entre Nadin Ospina y Antonio Diez (el primero el maestro y el segundo el intérprete) que participaron de una obra bajo la figura "taller de artista" compartiendo créditos en una exposición, que con posterioridad fue presentada exclusivamente bajo el nombre de Ospina (una discusión sobre el caso se encuentra aquía).

En algunos países, la autoría compartida únicamente surge cuando la contribución de cada autor no puede ser separada y explotada comercialmente en forma independiente de la obra como un todo. Por ejemplo, la legislación japonesa define los trabajos compartidos como obras que "son creadas por dos o más personas en las que la contribución de cada una no puede ser explotada separadamente". Es una aproximación similar a la que usa la ley colombiana cuando afirma que la obra en colaboración es "la que sea producida, conjuntamente, por dos o más personas naturales cuyos aportes no puedan ser separados". Si las obras pueden separarse, por ejemplo cuando un autor contribuye con la música y otro con la letra de una canción, a cada contribución se le otorga un derecho de autor independiente para su contribución. En otros países como los EE.UU., es necesario que cada uno de los colaboradores consientan que los demás se conviertan en coautores.
En suma, las reglas en este asunto varían considerablemente de país a país. Sin embargo, **en todos los países es posible que dos o más personas puedan compartir el derecho de autor**.

3.3.3 Obras derivadas

Las obras derivadas consisten en **adaptaciones o modificaciones de obras preexistentes**. Ejemplos comunes incluyen versiones resumidas o adaptaciones de novelas al cine. La Convención de Berna no se refiere explícitamente a las obras derivadas. En su lugar, brinda una lista de ciertos usos de obras protegidas para los cuales los estados miembros deben proporcionar protección en materia de derecho de autor. Específicamente, el Convenio de Berna en el artículo 2, sección 3 consigna: "Estarán protegidas como obras originales, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra original, las traducciones, adaptaciones, arreglos musicales y demás transformaciones de una

obra literaria o artística.” Esta disposición está incorporada al Acuerdo sobre los ADPIC.

Aunque este principio protege tipos específicos de obras derivadas, no especifica cuán diferente debe ser una obra de su original para ameritar la protección del derecho de autor.

Como resultado, por lo general **no queda clara la originalidad que se requiere para obtener un nuevo derecho de autor**. Suponga por ejemplo que un escultor crea un modelo a escala de la famosa obra de Rodin “El pensador”, la que por el paso del tiempo se encuentra en el dominio público. ¿Qué tan diferente debe ser la escultura a escala del original para asegurarse la protección del derecho de autor? Las cortes tienen que lidiar con este asunto y han emitido decisiones inconsistentes.



Imagen de → Cea. via Compfight cc

¿Qué sucede si la obra original utilizada para hacer la obra derivada no ha caído en el dominio público, y el realizador de la obra derivada no logra obtener una licencia del titular de los derechos de la obra original? En algunos países, como los EE.UU., una obra derivada no autorizada no obtiene la protección del derecho de autor. En otros países como Francia y Holanda, una obra derivada no autorizada, sí es protegida. Esto no significa que el realizador de la obra derivada es

libre de confeccionar y vender copias de su creación. Más bien, significa que otras personas (incluyendo el propietario del derecho de autor en la obra original), debe obtener un permiso del creador de la obra derivada, antes de hacer o distribuir copias de esa obra derivada.

3.3.4 Obras Colectivas y Compilaciones

Las compilaciones son otro ejemplo donde el derecho de autor se obtiene a través del uso y la manipulación de obras existentes. Las **compilaciones** son obras formadas a través del armado, selección o compaginación de obras preexistentes tales como las que resultan en una obra original de un compilador. Las **obras colectivas** representan un tipo especial de compilación donde un número de contribuciones independientes y separadas son ensambladas en una sola obra. Un trabajo colectivo es entonces una obra de dos o más autores que no tiene suficiente cohesión para calificar como una obra realizada por coautores propiamente dichos. El artículo 2, sección 5 de la Convención de Berna, únicamente requiere la protección de obras colectivas: "Las colecciones de obras literarias o artísticas tales como las enciclopedias y antologías que, por la selección o disposición de las materias, constituyan creaciones intelectuales estarán protegidas como tales, sin perjuicio de los derechos de los autores sobre cada una de las obras que forman parte de estas colecciones."



Imagen de → epiclectic via Compfight cc

Por otro lado, el artículo 10, sección 2 del Acuerdo sobre los ADPIC requiere que los países miembros de la Organización Mundial del Comercio extiendan la protección a todas las compilaciones: “Las compilaciones de datos o de otros materiales, en forma legible por máquina o en otra forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, serán protegidas como tales. Esa protección, que **no abarcará los datos o materiales en sí mismos**, se entenderá sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales en sí mismos.”

La última oración de esta disposición debe enfatizarse. A menos que una base de datos sea creada en un país miembro de la Unión Europea (donde se ha creado una protección sui generis para las bases de datos que actualmente se ha extendido a otros pocos países), otras personas son libres de extraer y copiar los contenidos de esa base de datos. Lo único que no se puede realizar, es el reproducir la forma original en la que esos contenidos son seleccionados y ordenados.

3.3.5 Empleados y Obras por encargo

Los empleados son por lo general contratados por el empleador para crear una obra artística o literaria. Esta relación a veces confunde la adjudicación de los derechos de autor.



Imagen de → bark via Compfight cc

Por defecto, los países donde se aplica el sistema de derecho civil confieren la autoría y los derechos que esto conlleva a los empleados, no a los empleadores. Este enfoque obliga a que los empleadores contraten aparte con los empleados para obtener los derechos patrimoniales de autor de sus obras creativas. Por ejemplo, en el Código de la Propiedad Intelectual de Francia se estipula que el derecho de autor se confiere al autor de la obra y no a su empleador. Hay una excepción en el código francés para algunas categorías de obras tales como el software, donde los derechos se asignan inmediatamente al empleador. Ahora bien, esto no sucede siempre, en otros países de derecho civil, incluyendo a Alemania, automáticamente se asigna el derecho de autor del empleado al empleador. Lo cierto es que fruto del comercio internacional y de la estandarización de normas mundiales esa diferencia entre países de derecho civil y común que antes era clara está desapareciendo. En Colombia por ejemplo, hasta una reforma legal en 2012 la situación era como la francesa pero la reforma cambió la regla y hoy es asimilable con la alemana que antes era propia sólo de países con el sistema de "common law" que pasamos a explicar.

En los países donde existe el sistema de common law (derecho común), tales como los EE. UU., Canadá y el Reino Unido, por defecto se otorga el derecho de autor de la creación de un empleado a su empleador. Por ejemplo, la legislación sobre derecho de autor de Canadá establece que si una obra es creada en el ámbito del trabajo, la persona que otorgó el empleo, será el primer titular del derecho de autor en caso de no existir otro acuerdo entre las partes.

Bajo el derecho de autor británico, en lo que se conoce como: Designs and Patents Act of 1988, si se realiza una obra protegida por el derecho de autor en el transcurso de ese empleo, el derecho de autor es automáticamente otorgado al empleador como “obra por encargo”. Los EE.UU. tienen una norma similar, pero también se dispone que una obra puede convertirse en una “obra por encargo” aun si es creada por un contratista independiente (en lugar de un empleado que actúa dentro del ámbito de su trabajo), en tanto que la obra a) caiga dentro de una lista limitada de tipos de trabajos elegibles y b) que las partes acuerden por escrito que será calificada como obra por encargo.

3.3.6 Funcionarios públicos, investigadores y académicos

En algunos países, los miembros de escuelas universitarias y facultades han sido exceptuados de la doctrina de “obra por encargo”.

En algunos países, las obras realizadas por funcionarios públicos en el ejercicio de su función, también son excluidas de la doctrina "obra por encargo", porque de plano la ley no les asigna la protección del derecho de autor. En otros países, esto no es así. Por ejemplo, el derecho de autor en la República Checa contiene una presunción que una obra creada por un funcionario público es una obra por encargo, y el derecho de autor y la autoría se otorgan al empleador. En países como Colombia la situación es como la que se menciona de la República Checa pero se exceptúan las conferencias y clases de los profesores.

3.4 La relación entre la violación del Derecho de Autor y otras actividades no autorizadas

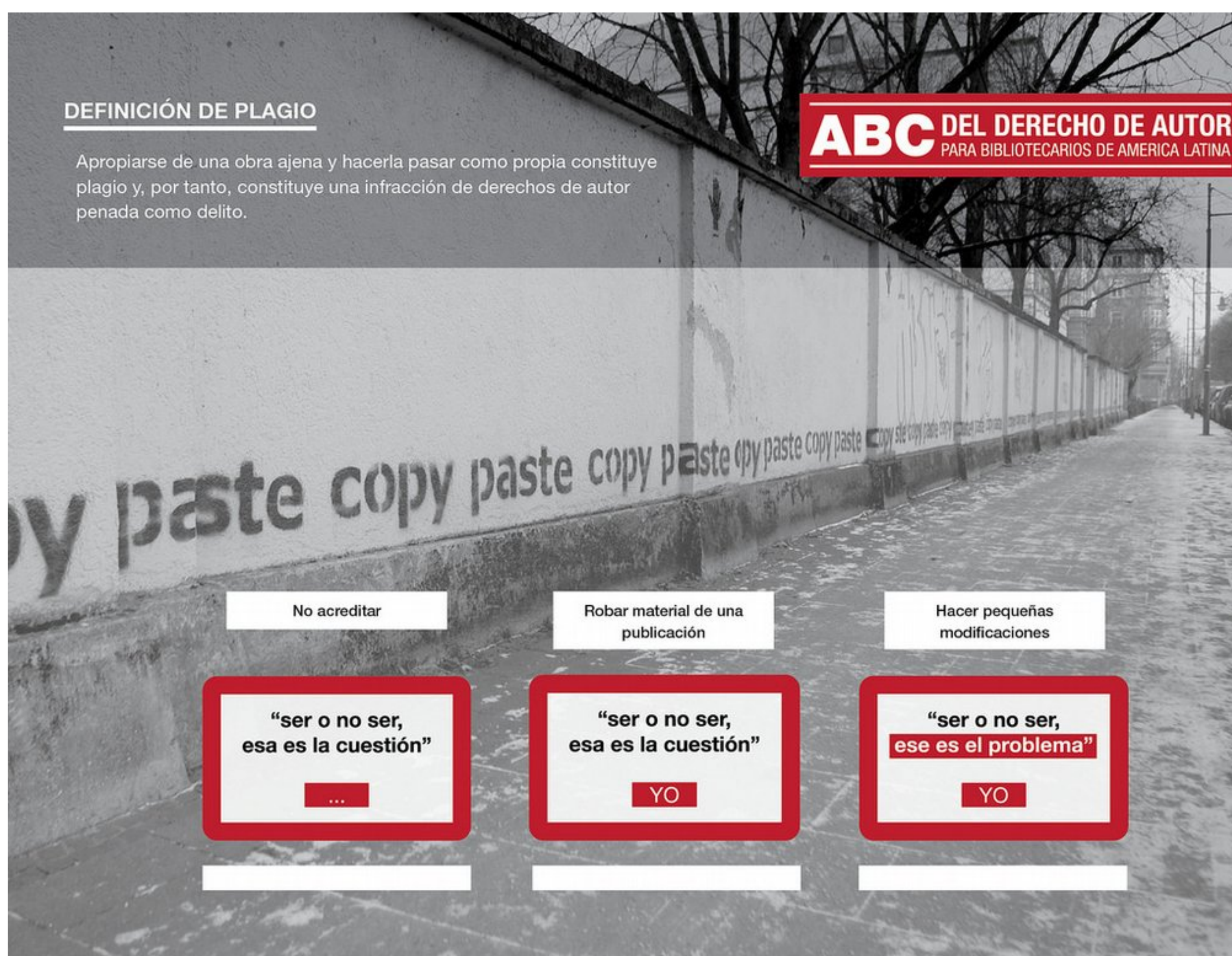
La violación del derecho de autor es el uso no autorizado de una obra protegida por el derecho de autor de forma que viola los derechos exclusivos del titular de los derechos y no cae en algunas de las excepciones o limitaciones impuestas al titular del derecho. Se examinarán esos derechos y limitaciones en detalle, en el capítulo sobre limitaciones y excepciones. Debe enfatizarse que **la violación del derecho de autor cubre únicamente un subconjunto de situaciones en las que las obras protegidas pueden utilizarse sin permiso**.

Algunos usos de las obras protegidas no infringen el derecho de autor pero pueden violar otras reglas legales, por ejemplo el derecho a la imagen de alguien. Otros usos pueden violar reglas que no son legales. Aun otros casos pueden comprender usos lícitos que tienen aprobación social. Explicaremos algunos de ellos en el capítulo 8. El "plagio" puede referirse a distintos supuestos y debemos saber que no todos ellos implican una infracción a los derechos de autor.

Es bastante claro que apropiarse de una obra ajena y hacerla pasar por propia constituye plagio y, por tanto, es una infracción de derechos de autor que puede ser incluso un delito. En particular, vulnera el derecho moral del autor a ser reconocido como tal. Asimismo, puede violar los denominados derechos patrimoniales del titular, al generarse una explotación no autorizada de la obra.

En cambio, en otros casos, como cuando se copia parcialmente o se cita una obra ajena sin hacer la respectiva atribución de autoría y de fuente de origen, aun cuando sea un plagio académico puede no ser una infracción a los derechos de autor. Por último, ciertos casos pueden constituir un plagio

académico pero en caso alguno un ilícito para la ley de derecho de autor, como cuando un artículo científico toma ideas contenidas en otro texto, ya sea referenciado de forma indirecta o simplemente parafraseando. Este último caso constituye un claro ejemplo de deshonestidad académica, pero no llega a constituir una infracción a los derechos de autor, pues este no protege las ideas en sí mismas, sino su expresión formal.



Es importante entonces tener en cuenta que las costumbres y actitudes en lo que concierne al plagio varían en cierta medida en cada país. Por ejemplo, se encontró que una joven novelista alemana copió sin permiso y sin citar la fuente, importantes pasajes de otras novelas. Ella fue tratada con mayor benevolencia que un autor estadounidense que tuvo un comportamiento similar. El caso de una profesora de literatura en Colombia también puede ayudar a ver el análisis que se hace en la región. Las actitudes frente al plagio varían incluso entre las disciplinas académicas. Por ejemplo, la definición de plagio adoptada por la American Historical Association no es exactamente la misma que el estándar adoptado por la Modern Language Association. Finalmente, el plagio realizado por

ejecutivos corporativos es por lo general tratado en forma mucho más grave que el plagio de los novelistas, académicos y periodistas.

La **“piratería”** no tiene una definición estricta dentro (o fuera) del derecho de autor. En años recientes, el término se ha convertido en una forma corriente para referirse a grabaciones de audio y video reproducidas sin autorización y sin justificación. Sin embargo, las leyes de derecho de autor no hacen referencia a “piratería”. Desde que el vocablo se asocia con la violencia que acompaña la toma de naves en alta mar, muchos argumentan que el término es engañoso cuando se utiliza en conexión con los usos de obras de creación en forma no autorizada. Sin embargo, vale la pena mencionar que en el Acuerdo ADPIC (del que hablaremos más adelante) el artículo 61 sin definirlo si menciona la “piratería de derecho de autor” es sí a escala comercial.

La “falsificación” se define de varias maneras. Por lo general, el término hace referencia a la creación o distribución de imitaciones de obras originales con la intención de engañar al público sobre su autenticidad. La falsificación, en este sentido, está gobernada principalmente por el derecho de marcas y la ley de competencia desleal, y no por la legislación de derecho de autor.

3.5 Duración del Derecho de Autor

La **Convención de Berna** exige para todas las obras, un plazo de protección del derecho de autor por el término de la **vida del autor más 50 años** adicionales luego de su muerte, exceptuando las fotografías y las producciones cinematográficas. Los países miembros son libres sin embargo de adoptar plazos más extensos sujetos a una limitación: “En todos los casos, el plazo de protección será el establecido por la ley del país en el que la protección se reclame; sin embargo, a menos que la legislación de este país no disponga otra cosa, la duración no excederá del plazo fijado en el país de origen de la obra.” (Artículo 7, sec. 8).

Muchos países han ejercido la discreción dispuesta en la Convención de Berna. El resultado es que **la duración varía sustancialmente de país a país**, creando un complejo mosaico internacional donde las duraciones del derecho de autor están determinadas por la categoría de la obra, la naturaleza de la autoría, y la fecha de creación o publicación de la obra.

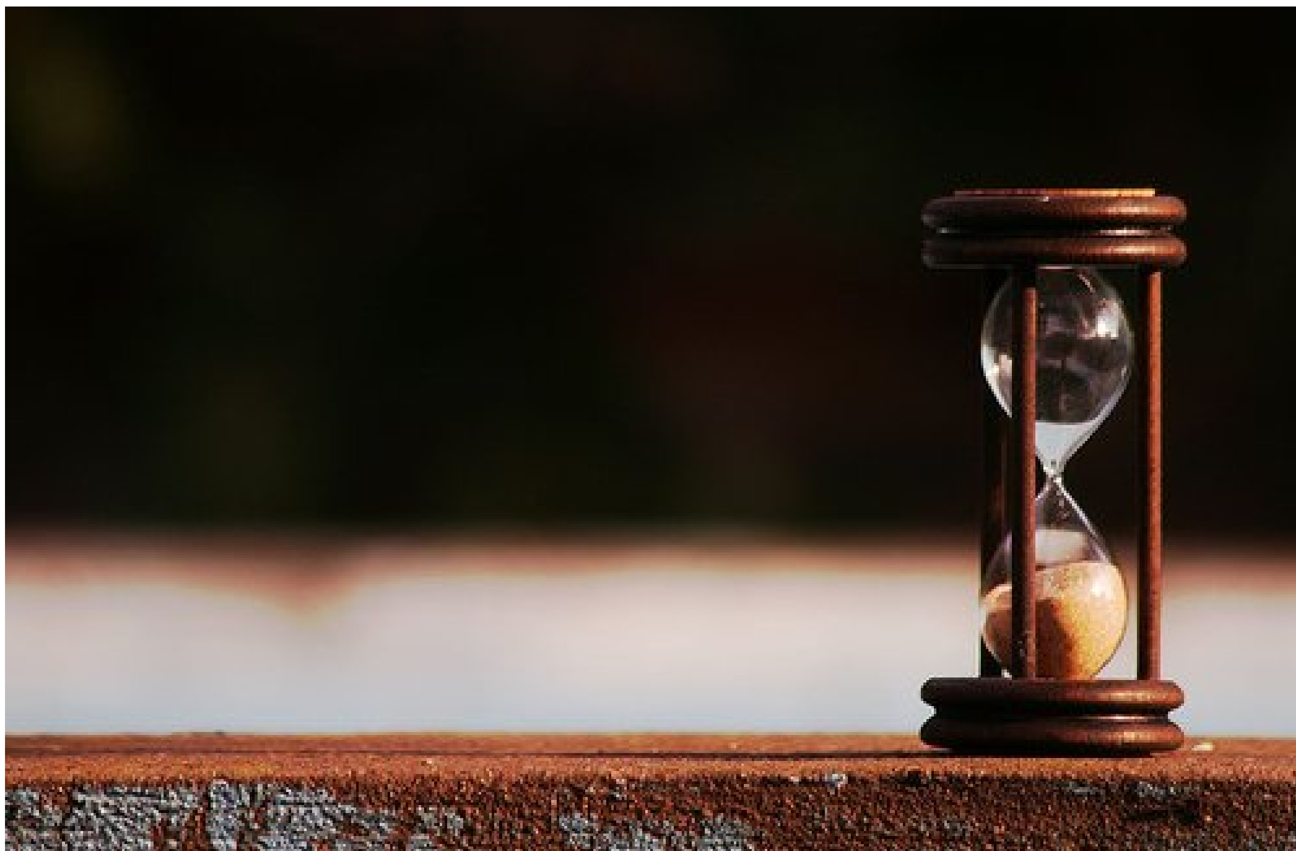


*Imagen de → photographer padawan (xava du) via Compfight cc**

La República Checa y Holanda por ejemplo, otorgan la protección del derecho de autor durante la vida del autor más 70 años para las obras literarias en general, pero para su duración, toman en cuenta la muerte del coautor más longevo (más los 70 años adicionales), en obras de autoría compartida. Esta interpretación es aparentemente simple porque se aplica únicamente a obras creadas durante y después del 7 de abril 2000 y 29 de diciembre 1995 respectivamente. Las obras creadas antes de esas fechas están sujetas a diferentes y más complejos términos en la duración del derecho de autor. En América Latina el plazo de derecho de autor varía considerablemente de acuerdo al país. Mientras que en Uruguay, Bolivia, Panamá o Cuba abarca la vida del autor más 50 años, en Colombia abarca 80 años después de la muerte del autor y en México llega a 100 años después de la muerte del autor. Es posible consultar un mapa de los plazos de derecho de autor por país.

En forma similar, la mayoría de los trabajos artísticos y literarios están sujetos a una duración mínima del derecho de autor durante su vida más 50 años bajo el Acuerdo sobre los ADPIC. En contraste, **ADPIC únicamente estipula que el derecho de autor para las grabaciones sonoras se reconozca por un mínimo de 50 años luego de su fijación**. Así, por ejemplo, el plazo de

protección para una grabación sonora en los EE.UU. se aplica durante la vida del autor más 70 años para las obras fijadas durante o luego del 1 de enero 1978. En Australia, la protección para las grabaciones sonoras se extiende por 70 años luego de su fijación. En Brasil, todas las grabaciones sonoras fijadas luego de 1998 están protegidas bajo derechos conexos por 70 años, comenzando el año después que la obra fue fijada. En China y Uruguay, las grabaciones sonoras están protegidas bajo los derechos conexos por 50 años a partir del año en que la obra fue fijada.

Como lectura adicional sobre el tema, puede consultar el caso de los repositorios de dominio público en línea canadienses y las controversias recientes sobre la extensión de plazos en Estados Unidos (Eldred v. Ashcroft) o el intento de ampliar el plazo de protección en Uruguay.

3.6 Extensiones en el alcance de la protección del derecho de autor

En los últimos años el derecho de autor se ha ampliado para acompasar más tipos de obras, extenderse por un período mayor de tiempo y para brindar mayores protecciones a las obras protegidas. Como vimos en el capítulo 2, la Convención de Berna, el Acuerdo sobre los ADPIC y el Tratado de Copyright de la OMPI, establecen todo un conjunto de estándares de protección que los países deben cumplir y amplían, además, la protección del derecho de autor en todos los países. Por ejemplo, la legislación de derecho de autor (o el conjunto relacionado de derechos conexos) se ha ampliado para cubrir las grabaciones fonográficas, las obras de arquitectura y los programas de computación. La duración del derecho de autor se ha ampliado a través de los años, desde 14 años bajo el "Estatuto de Anne" al plazo mínimo en acuerdos internacionales de la vida del autor más 50 años, para la mayoría de las obras. Es importante resaltar que los TLC con EE.UU. obligan a amplíar este plazo a 70 años y en otros acuerdos como el TPP esto podría llegar incluso a 120. Tratados recientes han incluido además provisiones que contemplan la prohibición de eludir mecanismos de protección, para controlar la reproducción o la distribución de obras protegidas.
Es discutible que algunas de estas ampliaciones estimulen la creación adicional al incentivarla. Sin embargo, la **ampliación del derecho de autor** a un número mayor de obras y durante un período más extenso de duración, **ha resultado en una reducción de la cantidad de material disponible en el dominio público**. Como resultado, materiales que de otra forma podrían usarse en la creación de nuevas obras artísticas o literarias, no pueden ser utilizados.

Un ejemplo de estas discusiones se dio en julio de 2013 en Uruguay, cuando llegó al Parlamento de

dicho país una propuesta de ley para aumentar el plazo de derecho de autor de 50 a 70 años postmortem. La propuesta generó intensa discusión pública y el rechazo de diversas instituciones de la sociedad civil, que entendían que era necesario proteger el dominio público. Finalmente la propuesta fue desechada por el Parlamento.

Así como el derecho de autor se ha ampliado, también se ha fragmentado. En otras palabras, se han elaborado normas especiales para manejarse con tipos particulares de obras. Algunas de esas normas especiales se describen a continuación.

3.6.1 Obras audiovisuales / cinematográficas

Las obras audiovisuales o cinematográficas son proyectos de obras colectivas que involucran contribuciones de diferentes autores individuales. En virtud de la amplia gama de personas que se involucran en su creación, el tratar a cada colaborador como coautor de la obra, traería problemas prácticos. Por ejemplo, cada colaborador sería libre de otorgar una licencia de uso a la persona que eligiera, resultando que el uso potencial de la obra podría ser objetada por otros colaboradores.

Muchos países han tratado de solucionar este problema en formas diferentes. El Código de Propiedad Intelectual de Francia trata a los colaboradores de un film como coautores pero incluye en la relación autor-productor, la explotación de los derechos materiales al productor. Países tales como el Reino Unido y los EE. UU, en cambio, otorgan la autoría y la titularidad de estas obras a una sola persona u organización. Por ejemplo, el Copyright, Designs and Patent Act de1988 en el Reino Unido, básicamente otorga los derechos de explotación al productor. Por el contrario, como se indicó antes, la Copyright Act de los EE.UU. trata las colaboraciones de una obra audiovisual o cinematográfica como obras por encargo, otorgando por lo tanto la autoría y la titularidad de los derechos de autor a una entidad, generalmente el productor. La Convención de Berna reconoce y respeta las diferencias entre los países en el otorgamiento de los derechos a una obra audiovisual o cinematográfica. Este fenómeno se describe luego en otro capítulo.



Imagen de → Eddypedro via Compfight cc

Las obras audiovisuales o cinematográficas son proyectos de obras colectivas que involucran contribuciones de diferentes autores individuales. En virtud de la amplia gama de personas que se involucran en su creación, el tratar a cada colaborador como coautor de la obra, traería problemas prácticos. Por ejemplo, cada colaborador sería libre de otorgar una licencia de uso a la persona que eligiera, resultando que el uso potencial de la obra podría ser objetada por otros colaboradores.

Muchos países han tratado de solucionar este problema en formas diferentes. El Código de Propiedad Intelectual de Francia trata a los colaboradores de un film como coautores pero incluye en la relación autor-productor, la explotación de los derechos materiales al productor. Países tales como el Reino Unido y los EE. UU, en cambio, otorgan la autoría y la titularidad de estas obras a una sola persona u organización. Por ejemplo, el Copyright, Designs and Patent Act de1988 en el Reino Unido, básicamente otorga los derechos de explotación al productor. Por el contrario, como se indicó antes, la Copyright Act de los EE.UU. trata las colaboraciones de una obra audiovisual o

cinematográfica como obras por encargo, otorgando por lo tanto la autoría y la titularidad de los derechos de autor a una entidad, generalmente el productor. La Convención de Berna reconoce y respeta las diferencias entre los países en el otorgamiento de los derechos a una obra audiovisual o cinematográfica. Este fenómeno se describe luego en otro capítulo.

3.6.2 Programas de computación o software

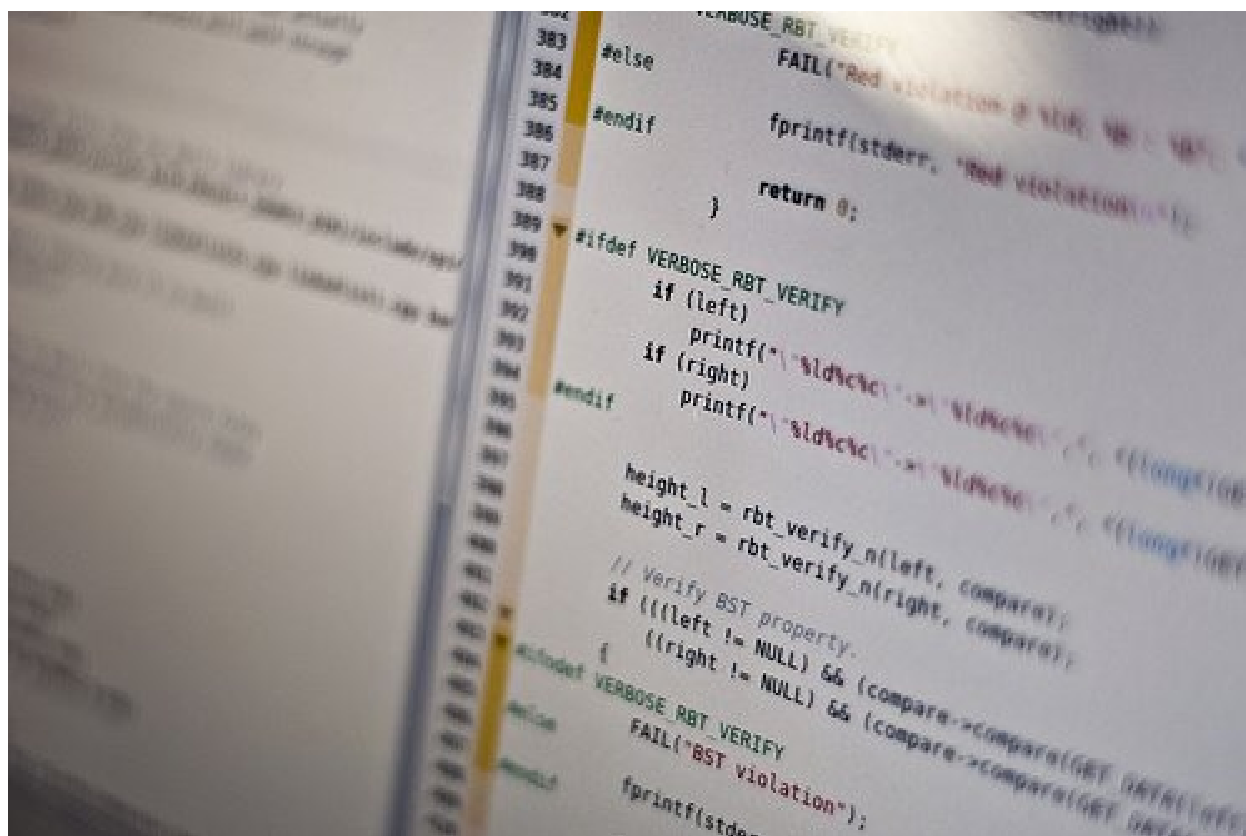


Imagen de → [Riebart](#) via [Compfight](#) [cc](#)

Los programas de computación constituyen otra categoría especial de obras. Aunque la Convención de Berna no se refiere a los programas de computación, el Acuerdo sobre los ADPIC requiere que los países miembros de la OMC protejan los programas de computación como obras literarias. De la misma forma que las obras audiovisuales, los programas de computación son por lo general el producto del esfuerzo de varios individuos. Aquí también, los países difieren en la forma que manejan el otorgamiento de los derechos de autor. La legislación de derecho de autor alemana le otorga los derechos exclusivos de la obra al empleador, en los países del pacto andino sucede algo similar, desde la década de los 90 se plantea como excepción la transferencia de los derechos patrimoniales de quien elabora el software a quien lo contrata.

3.6.3 Transmisión, grabación, interpretación



Imagen de → DSmous via Compfight cc

El Convenio de Berna requiere que al autor de una obra protegida se le otorgue los derechos exclusivos para autorizar:

- La radiodifusión de sus obras o la comunicación pública de estas obras por cualquier medio de difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes;
- toda comunicación pública, alámbrica o inalámbrica, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por una organización distinta que la de origen;
- la comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida.

La Convención de Berna permite que los países en forma individual, determinen cuáles de estos derechos van a ejercer y en qué circunstancias. Sin embargo, exige que su aplicación no se realice en una forma que sea perjudicial para los derechos morales del autor.

3.7 Recursos adicionales

Bibliográficos:

- Tratados de importancia que abarcan una exhaustiva cobertura sobre el derecho de autor, incluyen a Nimmer on Copyright y Goldstein on Copyright.
- Un debate más conciso sobre cómo el alcance del derecho de autor se ha ampliado a lo largo del tiempo, puede encontrarse en William Fisher, “Geistiges Eigentum - ein ausufernder Rechtsbereich: Die Geschichte des Ideenschutzes in den Vereinigten Staaten,” en Eigentum im internationalen Vergleich (Vandenhoeck & Ruprecht, 1999), 265-91 (La versión en inglés está disponible en: The Growth of Intellectual Property: A History of the Ownership of Ideas in the United States).
- Un trabajo más reciente y ampliado sobre el mismo tema, es la obra de James Boyle, The Public Domain: Enclosing the Commons of the Mind (Yale University Press 2008 y disponible también en línea en forma gratuita).
- Los mejores comentarios sobre el derecho de autor y su alcance en general, se encuentran en un libro publicado en 1967 por Benjamin Kaplan: An Unhurried View of Copyright. Un buen debate sobre el concepto de originalidad en el derecho de autor, yuxtaponiendo las versiones del concepto usado en los EE. UU. y la Unión Europea, puede encontrarse en el Software Freedom Law Center, Originality Requirements under U.S. and E.U. Copyright Law.
- Una profunda discusión sobre la génesis de la doctrina del “trabajo de alquiler” puede ubicarse en Peter Jaszi, “Toward a Theory of Copyright: The Metamorphoses of ‘Authorship,’” 1991 Duke L.J. 455.

Casos:

Las siguientes opiniones judiciales exploran y aplican algunos de los principios tratados en este capítulo:

- Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991) (originalidad)
- Beckingham v. Hodgens, High Court of Justice (Civil Division), 2 July 2002 (autoría compartida)
- Community for Creative Non-Violence v. Reid, 490 U.S. 730 (1989) (employment

relationships)

- Case C-240/07, Sony Music Entertainment (Germany) GmbH v. Falcon Neue Medien Vertrieb GmbH (2007)
- Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186 (2003) (duración)
- Computer Associates v. Altai, 982 F.2d 693 (2nd Cir. 1992) (software para computadoras)
- Casación No. 31.40313, Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 28 de Mayo de 2010, Luz Mary Giraldo. (Plagio, Derechos morales). Puede consultarse aquí.

Capítulo 4 - El marco teórico internacional



4.1 Objetivo del capítulo

Este capítulo explica cómo funciona la legislación internacional sobre derecho de autor, de qué manera afecta a los países en vías de desarrollo y cómo los países en desarrollo pueden influir.

4.2 Estudio de caso

Ángela está preocupada por las restricciones que la legislación sobre derecho de autor establece sobre su capacidad para reunir y distribuir materiales para el curso. Está considerando escribir un breve artículo argumentando que la legislación sobre derecho de autor de su país debería reformarse para darle a los docentes y estudiantes más libertad. Sin embargo, le informaron que los acuerdos internacionales pueden restringir la libertad que cada país tiene para definir sus propias leyes sobre derecho de autor. Antes de redactar su artículo, solicita la ayuda de Nadia para determinar qué acuerdos internacionales, si los hubiere, se aplican en su propio país.

4.3 El fundamento para el Sistema Internacional

Como se mencionó anteriormente, **cada país del mundo tiene sus propias normas de derecho de autor**. Sin embargo, la flexibilidad que la mayoría de los países tiene para ajustar y aplicar sus propias leyes, **está limitada por una serie de tratados internacionales**.



Imagen de → assortedstuff via Compfight cc

¿Por qué necesitamos una gestión internacional en este tema? Hay dos respuestas tradicionales a esta pregunta. En primer lugar, sin una normalización internacional las naciones podrían promulgar leyes que protejan a sus propios ciudadanos, dejando desprotegidos a los extranjeros. Esta discriminación era común previa a la adopción de instrumentos regulatorios internacionales. Al haber crecido el interés de los titulares de derechos de autor por una protección mundial de sus creaciones, el mutuo reconocimiento, en términos justos, de los derechos fuera de las fronteras, se vuelve aun más importante.

Segundo, algunos titulares de derechos de autor consideran que los países en vía de desarrollo no adoptarían la adecuada protección de sus derechos, a menos que fueran obligados a hacerlo a través de un tratado. Como es de esperarse, los representantes de los países en desarrollo cuestionan enérgicamente este argumento.

4.4 Instrumentos Internacionales

La forma más sencilla de lograr estos objetivos sería a través de un único tratado firmado por todos los países. Lamentablemente, la situación actual es más complicada. En lugar de un único tratado, en la actualidad existen **seis acuerdos multilaterales principales**. Cada uno de ellos tiene un grupo diferente de países miembros.

Estos seis acuerdos fueron negociados –y están actualmente administrados– por una organización internacional. Cuatro de ellos están administrados por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), uno por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO, por sus siglas en inglés) y el último por la Organización Mundial del Comercio (OMC).

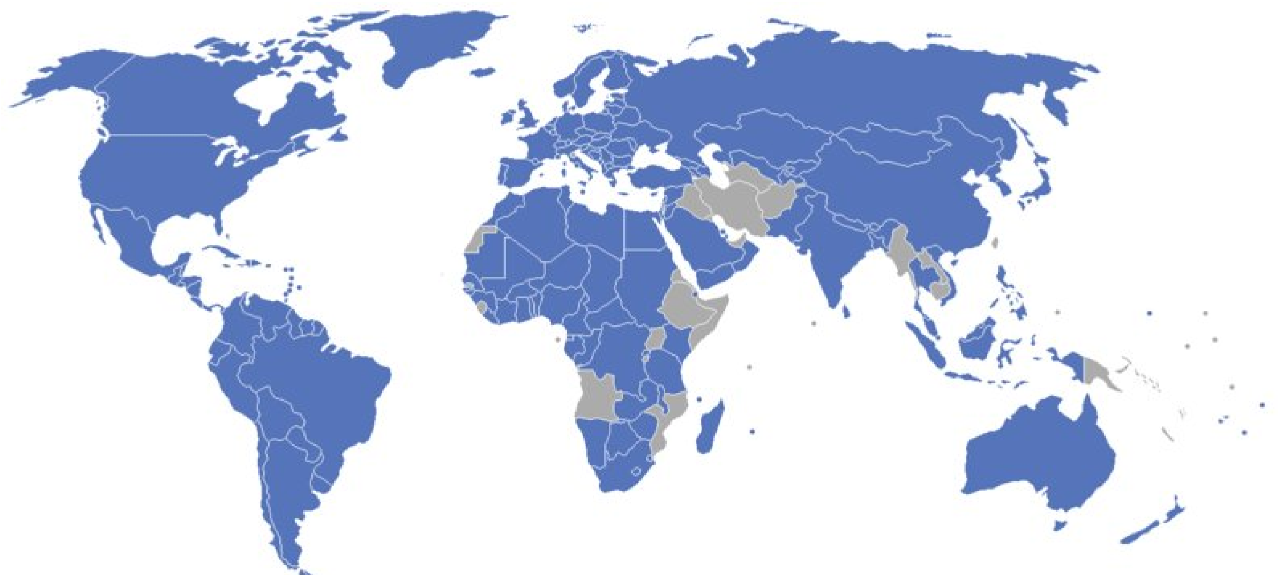
Los seis acuerdos han sido creados e implementados de forma similar, pero no idéntica. Típicamente, el proceso comienza cuando los representantes de los países consideran que debería existir una normativa internacional para administrar ciertos temas. Una vez inician las conversaciones, las **negociaciones** pueden durar varios años. Durante esta fase, se presentan proyectos de propuestas a las delegaciones de cada país, que son discutidas y pueden ser enmendadas en sus contenidos a fin de llegar a un **consenso**. Este consenso puede reflejar un acuerdo genuino entre todos los países participantes en el sentido de que el convenio propuesto es el

deseable, o puede resultar en una presión ejercida por países más poderosos sobre países menos poderosos. Una vez que se llega al consenso, los países concluyen el tratado a través de **la firma** del documento. A partir de ese momento, los gobiernos de los países participantes **ratifican** el tratado, y **entra en vigor.** Los países que no firmaron el acuerdo cuando fue inicialmente concluido, pueden integrarse más adelante por **adhesión**.

En muchos países los tratados son de “aplicación directa”, es decir, no requieren de legislación interna para ser aplicados. Una vez ratificados, terceras partes pueden confiar en ellos e incluso pueden interponer demandas por el incumplimiento de las provisiones del tratado. Sin embargo, en otros países los tratados no tienen esta “aplicación directa” y en su lugar, necesitan de la intermediación de una ley o de un decreto que los implemente. A partir de allí, los particulares pueden invocar los tratados ante los tribunales respectivos e incluso ante la administración estatal.
Ninguno de los seis tratados que pertenecen a la legislación de derecho de autor contiene un amplio conjunto de reglas o normas para un sistema de derecho de autor. En su lugar, cada uno exige que los países miembros traten temas particulares de forma específica, dejando a los países firmantes un considerable margen de apreciación para implementar sus requisitos.

Para obtener más información sobre los pasos necesarios para negociar y adoptar un acuerdo internacional, visitar este enlace.

4.4.1 Convención de Berna



Países que adhieren al Convenio de Berna. Fuente: Wikimedia Commons - Licencia Creative Commons Attribution-Share Alike 3.0 Unported.

En 1886, diez estados europeos firmaron el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (en lo sucesivo, el “Convenio de Berna”), para reducir confusiones en la legislación de derecho de autor internacional. A partir de esa fecha, un total de **167** estados se han adherido a este Convenio. Sin embargo, ha habido sucesivas revisiones del Convenio de Berna, y no todos los países han ratificado su versión más reciente. Como se mencionó antes, el tratado está abierto a la adhesión o incorporación de cualquier país en cualquier momento. En este enlace puede verificar si su país es miembro de la Convención de Berna.

En el Convenio de Berna se establecieron tres principios fundamentales. El primero y más conocido es el principio del **“trato nacional”**. El mismo exige que los Estados miembros le otorguen a los residentes de otros Estados miembros los mismos derechos que le otorgan a sus propios ciudadanos en el ámbito de las leyes nacionales sobre derecho de autor. Por lo tanto, una novela escrita en Bolivia por un ciudadano boliviano tendrá la misma protección en Ghana, que una novela escrita en Ghana por un ciudadano de ese país.

El segundo es el principio de la **“independencia”** de protección. En este principio se establece que cada estado miembro debe otorgar a las obras extranjeras la misma protección que se le otorga a las obras nacionales, aun cuando las obras extranjeras puedan no estar protegidos por la legislación de derecho de autor en los países en los cuales se originaron. Por ejemplo, aunque una novela escrita en Bolivia por un ciudadano boliviano no estuviera protegida por la legislación boliviana, estaría protegida en Ghana si se ajusta a los requisitos de protección de la legislación de Ghana.

El tercero es el principio de la **“protección automática”**. Este principio prohíbe a los Estados miembros exigir a personas de otros países integrantes de la Convención de Berna, formalidades legales como prerrequisito para la protección de derechos de autor (pueden exigir tales requisitos a sus propios ciudadanos, pero generalmente no ocurre). El efecto de este principio es que el autor boliviano de una novela no tiene que registrarla o declararla en Ghana, India, Indonesia o cualquier otro estado integrante de la Convención de Berna. Su novela quedará automáticamente protegida en todos estos países desde el momento en que sea escrita.

Además de estos principios básicos, la Convención de Berna también exige a los Estados integrantes una serie de requisitos más específicos. Por ejemplo, deben aplicar el derecho de autor por un período mínimo de tiempo. El plazo mínimo para países que han ratificado la versión más reciente de la Convención de Berna es **la vida del autor más 50 años** para todos las obras, excepto

fotografías y películas. La Convención de Berna también requiere que sus miembros reconozcan y apliquen un limitado subconjunto de los "derechos morales" mencionados anteriormente.

La Convención de Berna desarrolla un marco teórico para países miembros para adoptar excepciones a las protecciones de derecho de autor estipuladas. La conocida **"prueba de los tres pasos"** incluida en el Artículo 9(2), define la libertad de los países integrantes para crear excepciones o limitaciones para los derechos de los autores, a fin de controlar las reproducciones de sus obras. Otras disposiciones de la Convención de Berna otorgan a los países miembros la libertad de crear más excepciones específicas.

Cuando la Convención de Berna fue revisada en París en 1971, los países firmantes agregaron un Anexo que contiene disposiciones especiales relativas a los países en vías de desarrollo. En particular, los países en vías de desarrollo pueden, para ciertas obras y bajo ciertas condiciones, apartarse de las normativas mínimas de protección con referencia al derecho de traducción y al de reproducción de obras protegidas. Más específicamente, el Anexo permite a los países en vías de desarrollo conceder licencias obligatorias no exclusivas y no transferibles para traducir obras con fines de enseñanza, becas o investigación, y reproducir obras para uso en relación con actividades de instrucción sistemática.

Si bien la Convención de Berna define normas generales para la protección de derecho de autor, también promulga algunas reglas específicas. Como resultado, la legislación en cada estado miembro tiene una considerable flexibilidad para implementar los requisitos. Por ejemplo, en la Ley de Implementación de la Convención de Berna de 1988, el Congreso de los EE.UU. adoptó un punto de vista "minimalista" de aplicación, realizando únicamente los cambios de la ley de derecho que fueron absolutamente necesarios para calificar como miembro.

La Convención de Berna no contiene un mecanismo de ejecución. Esto significa que los estados miembros tienen poco poder para castigar a otro estado que no cumpla con los lineamientos de la Convención de Berna. Como veremos más adelante, esta situación se modificó parcialmente para los miembros de la Convención de Berna que también se adhirieron a la OMC.
Para obtener mayor información sobre la Convención, puede leer el texto que se ubica en este enlace o consultar un breve resumen de la historia de la Convención.

4.4.2 La Convención Universal sobre Derecho de Autor



La Convención Universal sobre Derecho de Autor (CUDA, en inglés UCC: Universal Copyright Convention, también es conocida como la Convención de Ginebra) fue desarrollada por la **UNESCO** y adoptada en Ginebra en 1952. Posteriormente fue revisada en París en 1971. Fue creada como una alternativa a la Convención de Berna (ver 4.5) y se refiere a obras literarias, científicas y artísticas.

Lo previsto en ella es más flexible que en la Convención de Berna. Este aumento en la flexibilidad tuvo la intención de adaptarse a los países en diferentes etapas de desarrollo y países con diferentes sistemas económicos y sociales, lo cual la hacía de carácter universal. Al igual que la Convención de Berna, la Convención Universal sobre Derecho de Autor incorpora el principio del trato nacional y prohíbe cualquier discriminación contra autores extranjeros, pero contiene un número menor de requisitos para los países miembros.

Entre las disposiciones de la Convención se incluye un plazo mínimo de protección de los derechos de autor comprensivo de la vida del autor más **veinticinco años a partir de su muerte.** Asimismo, se introduce el derecho exclusivo de traducción y el concepto de publicación.

La Convención ha disminuido en importancia ya que la mayoría de los países son actualmente integrantes de la Convención de Berna o de la Organización Mundial del Comercio (OMC, en inglés WTO: World Trade Organization) o de ambas. Las obligaciones de derecho de autor de los integrantes de la OMC están administradas por el Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC, en inglés TRIPS: Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) que se tratará más adelante (ver 4.10).

El texto completo de la Convención Universal sobre Derecho de Autor puede consultarse aquí.
El texto completo de la Convención Universal sobre Derecho de Autor, revisada en París 1971, puede consultarse aquí.

La Convención Universal sobre Derecho de Autor entró en vigor el 16 de septiembre de **1955**. El listado completo de los Estados Parte puede consultarse aquí.

Los países de América Latina que han ratificado o adherido a este tratado son:

- Argentina (Ratificación 1957)
- Bolivia (Adhesión 1989*)
- Brasil (Ratificación 1959)
- Chile (Ratificación 1955)
- Colombia (Adhesión 1976*)
- Costa Rica (Adhesión 1954)
- Ecuador (Adhesión 1957)
- El Salvador (Adhesión 1978*)
- Guatemala (Ratificación 1974)
- México (Ratificación 1957)
- Nicaragua (Ratificación 1961)
- Panamá (Adhesión 1962)
- Paraguay (Adhesión 1961)
- Perú (Ratificación 1963)
- Uruguay (Ratificación 1993*)
- Venezuela (Adhesión 1966)

*Fecha en que se depositó, en nombre de este Estado, un instrumento de adhesión a la Convención Universal sobre Derecho de Autor, revisada en París el 24 de julio de 1971. De conformidad con el Artículo IX, párrafo 3 de esa Convención, la adhesión constituye también adhesión a la Convención de 1952.

La Convención revisada en París entró en vigor el 10 de julio de 1974. El listado completo de los Estados Parte puede consultarse aquí.

Los países de América Latina que han ratificado o adherido a este tratado son:

- Bolivia (Adhesión 1989)
- Brasil (Ratificación 1975)
- Colombia (Adhesión 1976)
- Costa Rica (Ratificación 1979)
- Ecuador (Adhesión 1991)
- El Salvador (Adhesión 1978)
- México (Ratificación 1975)
- Panamá (Adhesión 1980)
- Perú (Ratificación 1985)
- Uruguay (Adhesión 1993)
- Venezuela (Adhesión 1996)

4.4.3 La Convención de Roma (1961)

El nombre completo de la Convención de Roma es Convención de Roma sobre la protección de los **artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión**.

Para 1961, la tecnología había progresado de forma significativa desde que se firmó la Convención de Berna. Algunas invenciones, tales como los grabadores de cinta, facilitaban la copia de obras grabadas o fonogramas.

Para tratar la necesidad de una legislación más firme para los fonogramas, el 26 de octubre de 1961, los integrantes de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI, en inglés WIPO: World Intellectual Property Organization) firmaron la Convención de Roma. Con ella se extendió la protección de derecho de autor a creadores y productores por la materialización física de una obra en particular. Estas “fijaciones” incluyen medios tales como los casetes de audio, CD y DVD. De acuerdo a las disposiciones de la Convención, la protección no podría ser menor a **veinte años**. Sin embargo, permite a los países miembros crear excepciones para la protección -por ejemplo, permitir usos no autorizados de una grabación para fines de enseñanza o investigación científica-.

Entre las personas, obras y acciones sujetas a protección, la Convención define lo que entiende como artistas intérpretes o ejecutantes; fonograma; productor de fonogramas; publicación; reproducción; emisión y retransmisión. En relación a los derechos de autor, los derechos contemplados en esta Convención se conocen como **derechos conexos**.

La adhesión a la Convención de Roma está abierta únicamente a los países que ya integran la Convención de Berna o la Convención Universal sobre Derecho de Autor.

El texto completo de la Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (página web de la OMPI) puede consultarse aquí.

El listado completo de los países firmantes y/o adheridos a la Convención de Roma puede consultarse aquí (página web de la OMPI).

Los países de América Latina que han ratificado o adherido a este tratado son:

- Argentina (Firma 1961, Ratificación 1991, En vigor 1992)
- Bolivia (Adhesión 1993, En vigor 1993)
- Brasil (Firma 1961, Ratificación 1965, En vigor 1965)
- Chile (Firma 1961, Ratificación 1974, En vigor 1974)
- Colombia (Adhesión 1976, En vigor 1976)
- Costa Rica (Adhesión 1971, En vigor 1971)

*Reserva: No aplicará las previsiones del Artículo 12 a transmisión al aire gratuita, tradicional y no interactiva, o a transmisiones y comunicaciones públicas no comerciales. Esta declaración se hizo efectiva en 2010.

- Ecuador (Firma 1962, Ratificación 1963, En vigor 1964)
- El Salvador (Adhesión 1979, En vigor 1979)
- Guatemala (Adhesión 1976, En vigor 1977)
- Honduras (Adhesión 1989, En vigor 1990)
- México (Firma 1961, Ratificación 1964, En vigor 1964)
- Nicaragua (Adhesión 2000, En vigor 2000)

- Panamá (Adhesión 1983, En vigor 1983)
- Paraguay (Firma 1962, Ratificación 1969, En vigor 1970)
- Perú (Adhesión 1985, En vigor 1985)
- Uruguay (Adhesión 1977, En vigor 1977)
- Venezuela (Adhesión 1995, En vigor 1996)

4.4.4 Tratado de Derecho de Autor de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)



Imagen de → World Intellectual Property Organization HQ in Geneva en Wikimedia.

La manera como los titulares de derecho de autor reproducen, distribuyen y comercializan sus obras ha variado en la era digital. Las grabaciones sonoras, artículos, fotografías y libros se conservan normalmente en formato electrónico, circulan vía Internet y se compilan en bases de datos. La misma tecnología que permite un almacenamiento y distribución más eficiente de estas obras, también ha facilitado la copia generalizada de obras con derechos de autor.

Preocupados sobre los efectos de estas **nuevas tecnologías** los gobiernos de algunos países

recomendaron y finalmente aseguraron dos tratados: El Tratado de Derechos de Autor de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) (en inglés, WCT: World Copyright Treaty of the World Intellectual Property Organization (WIPO)) y el Tratado sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, también de la OMPI (para este último ver abajo 4.9).

El Tratado de Derecho de Autor de la OMPI es un acuerdo especial bajo la Convención de Berna. Fue adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996 y entró en vigor el 6 de marzo de 2002. Como lo hiciera antes el ADPIC este tratado internacional exige que los países proporcionen protección de derecho de autor para **programas de computación y bases de datos** (compilaciones de datos y otros materiales).

El Tratado también exige a sus miembros la prohibición de que se eludan las tecnologías impuestas por los titulares de derechos para evitar el copiado y distribución de sus obras. Estas tecnologías incluyen la codificación o la **"información de administración de derechos"** (datos que identifican obras o sus autores).

En la actualidad, 91 países son parte del Tratado de Derecho de Autor de la OMPI.
El texto completo del Tratado de Derecho de Autor de la OMPI puede consultarse aquí.
El listado completo de las partes contratantes del Tratado de Derecho de Autor de la OMPI puede consultarse aquí.

Los países de América Latina que han ratificado o adherido a este tratado son:

- Argentina (Firma 1997, Ratificación 1999, En vigor 2002)
- Bolivia (Firma 1996)
- Chile (Firma 1996, Ratificación 2001, En vigor 2002)
- Colombia (Firma 1997, Ratificación 2000, En vigor 2002)
- Costa Rica (Firma 1997, Ratificación 2000, En vigor 2002)
- Ecuador (Firma 1997, Ratificación 2000, En vigor 2002)
- El Salvador (Adhesión 1998, En vigor 2002)
- Guatemala (Adhesión 2002, En vigor 2003)
- Honduras (Adhesión 2002, En vigor 2002)
- México (Firma 1997, Ratificación 2000, En vigor 2002)
- Nicaragua (Adhesión 2002, En vigor 2003)

- Panamá (Firma 1997, Ratificación 1999, En vigor 2002)
- Paraguay (Adhesión 2000, En vigor 2002)
- Perú (Adhesión 2001, En vigor 2002)
- Uruguay (Firma 1997, Ratificación 2009, En vigor 2009)
- Venezuela (Firma 1996)
-

En este enlace se puede encontrar un resumen del Tratado.

4.4.5 Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas

El Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (en inglés, World Intellectual Property Organization (WIPO) Performances and Phonograms Treaty (WPPT)) fue firmado por los estados integrantes de la OMPI el 20 de diciembre de 1996 y entró en vigor el 20 de mayo de 2002.

El Tratado amplía los derechos de la propiedad intelectual de artistas y de productores de fonogramas. Los fonogramas incluyen discos de vinilo, cintas, discos compactos, cintas digitales de audio, MP3 y otros medios empleados para el almacenamiento de registros sonoros.

A los ejecutantes se les otorgan cuatro tipos de derechos económicos sobre sus interpretaciones que han sido grabadas en fonogramas, tres tipos de derechos económicos con respecto a sus ejecuciones en vivo y derechos morales por sus presentaciones. A los productores de fonogramas se les otorga únicamente derechos económicos. De acuerdo al Tratado, estos derechos deben ser protegidos por un mínimo de 50 años.

El texto completo del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas puede consultarse aquí.

El listado completo de las partes contratantes del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas puede consultarse aquí.

Los países de América Latina que han ratificado o adherido a este tratado son:

- Argentina (Firma 1997, Ratificación 1999, En vigor 2002)
- Bolivia (Firma 1996)
- Chile (Firma 1996, Ratificación 2001, En vigor 2002)
- Colombia (Firma 1997, Ratificación 2000, En vigor 2002)
- Costa Rica (Firma 1997, Ratificación 2000, En vigor 2002)
- Ecuador (Firma 1997, Ratificación 2000, En vigor 2002)
- El Salvador (Adhesión 1998, En vigor 2002)
- Guatemala (Adhesión 2002, En vigor 2003)
- Honduras (Adhesión 2002, En vigor 2002)
- México (Firma 1997, Ratificación 1999, En vigor 2002)
- Nicaragua (Adhesión 2002, En vigor 2003)
- Panamá (Firma 1997, Ratificación 1999, En vigor 2002)
- Paraguay (Adhesión 2000, En vigor 2002)
- Perú (Adhesión 2002, En vigor 2002)
- Uruguay (Firma 1997, Ratificación 2008, En vigor 2008)
- Venezuela (Firma 1996)

En este enlace se puede encontrar un resumen del Tratado.

4.4.6 Acuerdo de la Ronda Uruguay: ADPIC

El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, **ADPIC**, es un acuerdo internacional administrado por la **Organización Mundial del Comercio** (OMC), en inglés, World Trade Organization (WTO). Ver mapa de los integrantes actuales de OMC.

El acuerdo ADPIC fue negociado y concluido en 1994 y establece normativas mínimas para muchas formas de protección de la propiedad intelectual en países integrantes de la OMC, incluyendo el derecho de autor.



Las disposiciones sustantivas de ADPIC **no difieren mucho de la Convención de Berna**. La principal diferencia es que ADPIC exige a los países miembros que otorguen protección de derecho de autor a los **programas de computación y compilaciones de datos**. Sin embargo, ADPIC no requiere la protección de derechos morales de los autores, que la Convención de Berna exige.

Las innovaciones más importantes de ADPIC se refieren a las soluciones que exige. Contrariamente a la Convención de Berna, ADPIC requiere que los países miembros estipulen **sanciones efectivas** cuando se infringen los derechos de autor. Además, crea un **mecanismo de resolución de controversias** por el cual los países miembros de OMC pueden obligar a otros participantes a cumplir con las obligaciones del tratado. Se dice a veces que, contrariamente a la Convención de Berna, **ADPIC tiene "dientes".**

ADPIC permite cierta flexibilidad en su implementación. Esta flexibilidad está pensada para permitir que las naciones en desarrollo equilibren la incorporación de los principios generales de ADPIC con los problemas del desarrollo. Se puede estudiar información adicional sobre la flexibilidad de ADPIC para las naciones en desarrollo en este enlace. El texto del Acuerdo ADPIC también está disponible en este enlace.

4.4.7 Propuesta de Acuerdo contra la Falsificación Comercial (ACTA) y Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica (TPP)

En octubre del 2007, los EE.UU., la Comunidad Europea, Suiza y Japón, simultáneamente, anunciaron que negociarían un nuevo tratado de cumplimiento de la propiedad intelectual, el Acuerdo contra la Falsificación Comercial (ACTA).

Australia, la República de Corea, Nueva Zelanda, Marruecos, Nueva Zelanda, Singapur, Corea del Sur y México se unieron a las negociaciones.

Países signatarios del ACTA. Fuente: By CMBJ, based on Anti-Counterfeiting Trade Agreement map.svg with modified text from the respective English Wikipedia article. (Own work) [CC-BY-SA-3.0 (http://creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0)], via Wikimedia Commons
La propuesta del ACTA incluye disposiciones para hacer frente a la **"distribución por Internet y a la tecnología de la información"**, tales como autorizar a funcionarios para la búsqueda de música descargada ilegalmente en dispositivos de uso personal en los aeropuertos, u obligar a los Proveedores de Servicios de Internet a proporcionar información sobre posibles infractores de derechos de autor, sin autorización legal.

Hubo varias rondas de negociación, las cuales fueron criticadas por su **secretismo** y por la pretensión de instaurar un sistema de control por fuera de las instituciones internacionales multilaterales, como la OMC, la OMPI y las Naciones Unidas. Actualmente las negociaciones están detenidas y **se considera que este tratado no se plasmará en los hechos**, ante la negativa del Parlamento Europeo a ratificarlo en 2012.

En este punto debemos hacer mención también al Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica (TPP) que se negocia actualmente entre Australia, Brunei, Chile, Estados Unidos, Malasia, Nueva Zelanda, Perú, Singapur, Vietnam, México y Canadá. Es un Acuerdo que ha corrido paralelo con el ACTA y debido a la situación de congelación de este último está adquiriendo más protagonismo.

Como sucede con ACTA se sabe muy poco del TPP. A pesar de que ya completa varios años de negociaciones, al público en general, a los parlamentarios de los países socios y a las organizaciones

de la sociedad civil interesadas se les ha negado reiteradamente acceso al texto oficial del borrador del tratado. Lo que sabemos proviene de textos filtrados, el último el 13 de noviembre por Wikileaks. De estos textos sabemos que también, en forma parecida a lo que sucede con ACTA, el TPP modificará sustancialmente los regímenes de propiedad intelectual y especialmente el sistema de derecho de autor de los países firmantes, como se evidencia en el análisis de la ONG chilena Derechos Digitales.

4.4.8 Acuerdos Regionales

Algunos países pertenecen a organizaciones regionales que tienen el poder de influir en las leyes sobre derechos de autor de sus integrantes. La más importante de esas organizaciones regionales es la **Unión Europea** (UE).

Desde 1991, la UE adoptó varias directivas relacionadas con la legislación de derechos de autor. Una directiva obliga a los países miembros a legislar en conformidad con sus requerimientos a partir de una fecha específica, pero deja a la discreción de cada país cierta flexibilidad para lograr ese objetivo.

En nuestra región, existen diversos tratados como: El Tratado de Libre Comercio para América del Norte (**NAFTA**) entre Canadá, EE.UU. y México en 1994, que limita la libertad de esos tres países para definir sus leyes de propiedad intelectual. Sin embargo, con respecto a la legislación de derecho de autor, en particular, NAFTA se corresponde con el Tratado ADPIC, y de esta forma tiene poca significación independiente.

En América Latina la **Comunidad Andina de Naciones** (Bolivia, Colombia, Ecuador, y Perú, antes también Venezuela) durante la década del 90 hizo una amplia labor de estandarización del marco legal de sus países miembros mediante la expedición de la Resolución 351 de 1993 que adoptaba los estándares acordados en ADPIC. En todo caso esta armonización se verá sensiblemente afectada con la separación de Venezuela de la comunidad y, especialmente, con la decisión de sus miembros de negociar por aparte el TLC con EE.UU. que supone para Perú y Colombia la implementación nacional de nuevos compromisos que Bolivia y Ecuador no tienen.

Otras organizaciones regionales que podrían influir en los sistemas de derecho de autor de sus

países miembros, pero que no lo han hecho todavía, incluyen el **Mercosur** (Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela), y la **Organización Africana de la Propiedad Intelectual Regional** (African Regional Intellectual Property Organization, ARIPO) (Botswana, Gambia, Ghana, Kenia, Lesotho, Malawi, Mozambique, Namibia, Sierra Leona, Somalia, Sudán, Swazilanda, Tanzania, Uganda, Zambia, y Zimbabwe).

El **DR-CAFTA** (Dominican Republic-Central America Free Trade Agreement, en inglés, o Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América, en castellano), es un tratado que busca la creación de una zona de libre comercio entre los países firmantes. El CAFTA se ocupa de legislar los aspectos relativos a producción higiénica y protección al medio ambiente, respeto a los derechos de propiedad intelectual e inversión pública y privada, así como toda la legislación laboral en los estados de la zona CAFTA. También especifica los mecanismos para dirimir controversias y para el establecimiento de normativas de mutuo acuerdo.

4.4.9 Acuerdos de Libre Comercio y Tratados de Inversión Bilaterales

Los tratados multilaterales como el ADPIC pueden proporcionar una fuerte protección global para los titulares de derecho de autor porque establecen una normativa mínima de protección de derechos de autor asociadas a un gran número de países. Sin embargo, los titulares de derechos de autor a veces tratan de obtener protecciones mayores a través de tratados bilaterales entre países u organizaciones de países. Los tratados bilaterales sobre legislación de derecho de autor generalmente refieren a temas específicos entre las dos partes. Tales acuerdos son conocidos como **acuerdos de libre comercio (FTA, por sus siglas en inglés) o Tratados de Inversión Bilateral (BIT)**.

Estos tratados generalmente reducen la flexibilidad a la que tiene acceso un país en vías de desarrollo a través del ADPIC o **imponen normas más severas** para la protección de derechos de autor. Por ejemplo, el gobierno de EE.UU. incluyó obligaciones anti-elusión en sus tratados bilaterales con Jordania, Singapur, Chile, Marruecos, Bahrein y Omán.

De igual forma, la Unión Europea ha negociado recientemente tratados de libre comercio con países en vías de desarrollo que limitan significativamente la libertad de estos países para ajustar sus legislaciones de derecho de autor.

Los acuerdos de libre comercio y los tratados de inversión bilateral son **muy polémicos**. Muchos eruditos y representantes de países en vías de desarrollo los consideran como **abusos de poder por parte de los países desarrollados**. Los que se oponen a los acuerdos de libre comercio y tratados de inversión bilateral propuestos, a veces han podido evitar su adopción o han logrado la modificación de los mismos.

4.5 La Prueba de los Tres Pasos

La mayoría de los acuerdos multilaterales, regionales y bilaterales utilizan un herramienta conocida como la **"prueba de los tres pasos"** para definir la **libertad que tienen los países miembros para crear "excepciones y limitaciones"** a los derechos de autor. Esta prueba fue inicialmente creada en la revisión de la Convención de Berna de 1967 y establece que:

> "Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras **[a] en determinados casos especiales**, con tal que **[b]** esa reproducción **no atente a la explotación normal de la obra [c] ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor**."

La mayoría de los acuerdos internacionales sobre derecho de autor han incorporado, desde esa fecha, versiones de esta prueba. Por ejemplo, las versiones de esta prueba pueden encontrarse en el Acuerdo sobre los ADPIC (Artículo 13), el WCT (Artículo 10), en varias directivas de derecho de autor de la Unión Europea, y en varios acuerdos bilaterales. De hecho, la prueba de los tres pasos puede encontrarse actualmente en la legislación nacional de muchos países, incluyendo Francia, Portugal, China y Australia. Incluso, en los casos en que la legislación nacional no incorpora explícitamente la prueba, los jueces a veces se basan en ella cuando interpretan y aplican la legislación de sus países.

La cobertura de las diferentes versiones de la prueba varía. Por ejemplo, mientras en la Convención de Berna la prueba de los tres pasos se aplica a excepciones y limitaciones a los derechos de reproducción, la prueba de los tres pasos incluida en el Artículo 13 del Acuerdo ADPIC se aplica a las excepciones y limitaciones de cualquiera de los "derechos exclusivos" asociados con los derechos de autor.



Además, el lenguaje empleado en las diferentes versiones varía. Por ejemplo, mientras el tercer paso de la prueba de la Convención de Berna (citada anteriormente) requiere que una excepción o limitación ”no perjudique excesivamente los intereses legítimos del autor”, el tercer paso de la prueba de ADPIC requiere que una excepción o limitación “no perjudique excesivamente los intereses legítimos del titular de los derechos”, un cambio que desvía la atención de los intereses del creador hacia los intereses económicos de las compañías que adquieren los derechos de autor de sus creadores originales.

Considerando el predominio de la prueba de los tres pasos y el extenso período de tiempo desde su creación, podría suponerse que el significado de la prueba es claro, pero no es así. La versión de la prueba incluida en la Convención de Berna nunca ha sido interpretada oficialmente, mientras tanto, la versión del Artículo 13 del Tratado ADPIC únicamente ha sido interpretada por un panel de resolución de controversias, y aún no es claro hasta qué punto esa interpretación regirá a otros países en el futuro. Por su parte, los tribunales en los distintos países europeos han interpretado la

prueba de forma inconsistente en casos de idéntico funcionamiento.

Considerando esta incertidumbre, **no existe acuerdo sobre qué tan restrictiva es en realidad prueba de los tres pasos.** Por un lado, algunos consideran que la doctrina del uso justo de EE.UU. (que se discutirá en el siguiente capítulo) contraviene la prueba y por lo tanto, que EE.UU. debería derogarla, y que no es conveniente que los países en vías de desarrollo adopten normativas similares. Como lo demostró William Patry, esta interpretación no tiene fundamentación, así lo muestra claramente el fracaso de los países involucrados en la negociación del Acuerdo ADPIC o la adhesión de EE.UU. a la Convención de Berna, al objetar la doctrina de uso justo en EE.UU.

En el otro extremo, un grupo de eruditos prominentes e influyentes en el tema de derechos de autor, propuso una interpretación equilibrada de la prueba de los tres pasos en la ley de derecho de autor. Argumentaron que una excepción o limitación que no satisface uno de los tres pasos, no necesariamente debería considerarse que contraviene la prueba. Más bien, los tres componentes de la prueba deberían ser considerados en conjunto en una **"evaluación comprensiva total"** que tenga en cuenta las amenazas que los niveles excesivos de protección de derecho de autor plantean a "los derechos humanos y las libertades fundamentales", "los intereses en competencia", y "otros intereses públicos, especialmente en lo referente al desarrollo del progreso científico, cultural, social y económico" -además de los intereses importantes de los titulares de derecho de autor de justa compensación-. Esta propuesta tiene dos puntos fuertes. El primero, se ajusta al propósito subyacente del sistema de derecho de autor en su totalidad, el cual, como hemos visto, busca equilibrar los intereses del creador con los intereses de la sociedad en general, al maximizar el acceso a las ideas y a la información. El segundo, obtiene apoyo a partir de la referencia en todas las versiones de la prueba a los intereses "legítimos" de autores o titulares de derechos. Sin embargo, tiene una debilidad: prácticamente todas las cortes y tribunales que han considerado la prueba hasta la fecha, concluyeron que los tres "pasos" deben ser cumplidos.

Otra interpretación que no sufre de esta debilidad pero preserva las fortalezas de la "Interpretación Equilibrada" propuesta, la ofrecieron los Profesores Hugenholz y Okediji: "Las limitaciones y excepciones que (1) no son excesivamente amplias, (2) no sustraen a los titulares de derecho una fuente real o potencial de ingresos económicos esenciales, y (3) no provocan daño desproporcionado a los titulares de derechos, pasan la prueba". Esta propuesta se basa en una discusión larga y detallada de la evolución de la prueba de los tres pasos y merece una consideración especial.

De esta situación puede derivarse una importante lección. **El significado de las leyes de derecho de autor de todo tipo, incluyendo los acuerdos de derechos de autor internacionales, es generalmente menos claro de lo que parece al principio.** Muchas normativas no han sido todavía interpretadas con autoridad.

Esto genera **oportunidades para que bibliotecarios y otros representantes de los países en vías de desarrollo argumenten y tomen medidas a favor de interpretaciones que les ofrezcan más libertad cuando redactan sus propias leyes.** En los capítulos siguientes, analizaremos varias de estas oportunidades.

4.6 Perspectivas para los Países en vías de Desarrollo



Imagen de → [Bindaas Madhavi](#) via [Compfight](#) [cc](#)

4.6.1 Los Beneficios e Inconvenientes de la Legislación sobre Derecho de Autor para los Países en vías de Desarrollo

Algunos observadores creen que los gobiernos deberían mejorar y armonizar la legislación sobre

derechos de autor de una forma global, porque esto promociona las artes y premia a los creadores. Se argumenta que el otorgamiento de un derecho exclusivo en la expresión creativa proporciona un incentivo necesario para los titulares de derecho de autor para que inviertan en la creación y distribución de obras expresivas. Esto estimula la expresión cultural y beneficia a los ciudadanos. La supresión de la competencia proveniente de "piratas", consideran, es necesaria para permitir que prosperen las industrias creativas locales.

Sin embargo, otros objetan que la implementación de la misma ley de derecho de autor en todos los países generaría un efecto desproporcionado y negativo en los países en vías de desarrollo. La mayoría de las naciones desarrolladas tienen poderosas y lucrativas industrias de entretenimiento, educativas y de investigación que exportan obras con derechos de autor, y de esa forma se benefician de la sólida legislación sobre derecho de autor.

Los países en vías de desarrollo, por otra parte, generalmente importan obras que tienen derechos de autor. Por lo tanto, se argumenta, los residentes en países en vías de desarrollo tienen que pagar más regalías y tarifas como resultado de la protección de derecho de autor aumentada. También se considera que la legislación restrictiva sobre derechos de autor evita que muchos gobiernos dediquen su esfuerzo a necesidades sociales importantes –tales como proporcionar una buena educación a sus ciudadanos– porque la información necesaria está restringida por la ley.

El último conjunto de consideraciones ha generado en países en vías de desarrollo el crecimiento de **grupos que resisten la imposición de normas** mínimas de protección de derecho de autor, establecidas por el **ADPIC** y las más severas impuestas por los **acuerdos de libre comercio** para los países en vías de desarrollo. **Reclaman un mejor equilibrio** entre, por una parte, los incentivos a los creadores y recompensas a su actividad creadora y, por otra parte, el acceso al conocimiento y la investigación, para estimular el crecimiento económico y promover la innovación en los países en vías de desarrollo.

4.6.2 La Agenda de Desarrollo OMPI

La **OMC** firmó un acuerdo con la **OMPI** para aconsejar a los países en vías de desarrollo sobre la implementación del ADPIC. Algunos, en estos países, consideran que el consejo proporcionado por OMPI está demasiado sesgado a favor de los intereses de los titulares de derechos de autor. En el

2004, Brasil y Argentina elevaron a la Asamblea General de la **OMPI** una propuesta de **“Agenda para el desarrollo”**. La propuesta solicitaba a la OMPI que prestara mayor atención al impacto que la protección de la propiedad intelectual tenía en el desarrollo social y económico, la necesidad de salvaguardar la flexibilidad diseñada para proteger los intereses públicos, y la importancia de promover la cooperación y asistencia técnica “orientada al desarrollo”.

Se elevaron propuestas adicionales en apoyo a la “Agenda para el desarrollo” de la OMPI a través de otros países y organizaciones que la integran, tales como Chile, el Grupo de Amigos del Desarrollo y el Grupo de África.

La iniciativa logró progresos considerables. Así las cosas, en 2004, la Asamblea General de la OMPI acordó mantener una serie de encuentros intergubernamentales para examinar las propuestas de una agenda ampliada. Como resultado se aprobaron importantes propuestas de reformas (a los efectos de establecer una agenda para el desarrollo) durante la Asamblea General de la OMPI del año 2007. La actual “Agenda para el Desarrollo” contiene 45 recomendaciones para que la Asamblea General las considere.

Las organizaciones que representan a las y los bibliotecarios han tenido una voz importante en las negociaciones de la antes mencionada Agenda. Las declaraciones conjuntas de la Federación Internacional de Asociaciones de Bibliotecarios (IFLA, por sus siglas en inglés), la Library Copyright Alliance (LCA), y la Electronic Information for Libraries (EIFL) están disponible en este enlace.

El Tratado de la Propuesta de Acceso al Conocimiento (A2K, por sus siglas en inglés)
La propuesta de Argentina-Brasil de la “Agenda para el desarrollo” inspiró un debate sobre si la OMPI debería trabajar para asegurar una transferencia tecnológica efectiva desde los países desarrollados hacia los países en vías de desarrollo.

Organizaciones no gubernamentales, la academia e investigadores compartieron la preocupación expresada por los países en vías de desarrollo en el sentido de que **algunos sistemas de derecho de autor estaban impidiendo la innovación y creaban desventajas para estos países.** Esta reacción hacia las políticas actuales de la OMPI tomó la forma de un movimiento que pregonaba la igualdad entre los ciudadanos de los países desarrollados y en vías de desarrollo en lo referente al acceso al conocimiento. Fue conocida como el “movimiento de acceso al conocimiento” o “movimiento

A2K" (en inglés, "Access to Knowledge").



Imagen de → Bindaas Madhavi via Compfight cc

Las organizaciones de bibliotecarios, tales como la EIFL, fueron las pioneras en la defensa de un **"derecho al conocimiento"**, requiriendo a la OMPI **excepciones y limitaciones** mínimas para la protección de derechos de autor.

Una consecuencia de la acción del movimiento fue la **propuesta de un tratado de las Naciones Unidas**. Este tratado está dirigido a "proteger y mejorar el acceso al conocimiento y facilitar la transferencia de tecnología hacia los países en vías de desarrollo". Incluye una lista de circunstancias en las cuales los titulares de derechos de autor no puedan evitar el uso libre de sus contenidos, incluyendo:

- El uso de obras para propósitos de preservación en bibliotecas y archivos, o migrar los contenidos a un nuevo formato.
- Los esfuerzos de bibliotecas, archivos o instituciones educativas para realizar copias de obras que no están dirigidas a la explotación comercial, para propósitos de preservación, educación o investigación.
- El uso de extractos, selecciones y citas de obras protegidas por derechos de autor con propósitos de explicación e ilustración en relación con la enseñanza sin fines de lucro.
- El uso de obras con derechos de autor por parte de instituciones educativas como materiales

primarios de instrucción, en el caso de que no se tuviera acceso a esos materiales protegidos a precios razonables.

Además, el tratado propuesto establecería la **"Doctrina de la Primera Venta para Uso en Bibliotecas"**, declarando que "una obra que ha sido legalmente adquirido por una biblioteca puede ofrecerse en préstamo a otros, sin tener que pagar una tarifa de transacción adicional por parte de la biblioteca".

Finalmente, el tratado A2K introduce disposiciones para **apoyar la educación a distancia**, así como para resolver sobre **derechos de personas con discapacidades**.

Las bibliotecas y usuarios no son los únicos que se pueden beneficiar del tratado A2K. La propuesta incluye normativas que protegen a los **Proveedores de Servicios de Internet** de responsabilidades referidas a los derechos de autor. También atenúa las estrictas prohibiciones sobre la elusión de **encriptación** (codificación) que aparece en varios tratados internacionales sobre derechos de autor. En el tratado propuesto, las obras **que no son originales** y las **obras huérfanas** (es decir, aquellas en las que sus titulares de derechos de autor no se pueden identificar después de una búsqueda razonable), quedarían dentro del **dominio público**.

El tratado también garantizaría el **acceso a las obras de investigación financiados con fondos públicos, obras gubernamentales y archivos de difusión pública**. Finalmente, la propuesta del tratado A2K también incluye estipulaciones sobre protección de patente, prácticas anti-competitivas y la transferencia de tecnología hacia los países en vías de desarrollo.

4.7 De regreso al estudio de caso

Para aconsejar a Ángela, Nadia repasará las listas de los países miembros incluidos en todos los acuerdos internacionales presentados en esta lección. Así, comprobará si su país integra cualquiera de esos acuerdos. A continuación repasará los términos de cualquiera de los acuerdos aplicables para determinar si impiden la expansión de los derechos de docentes y estudiantes para usar material protegido sin permiso. Esa indagación probablemente requerirá que Nadia considere cuál interpretación de la prueba de los tres pasos es más razonable, y hasta qué punto la prueba limita la libertad de un país para reconocer excepciones y limitaciones para propósitos educativos.

Ese análisis será complicado y requerirá consultas con colegas bibliotecarios.

4.8 Recursos adicionales

Bibliográficos:

- Un examen profundo de la legislación internacional de los derechos de autor puede encontrarse en Paul Edward Geller, ed., International Copyright Law and Practice (2 volúmenes, Matthew Bender). Artículos y análisis que den cuenta de los países en vías de desarrollo y en transición es escasa. También es prohibitivamente costoso.
- Otros tratados útiles e impresos incluyen los siguientes: Paul Goldstein, International Copyright: Principles, Law, and Practice (Oxford University Press) and Silke von Lewinski, International Copyright Law and Policy (Oxford University Press 2008).
- UNESCO ha recopilado un compendio excelente sobre las leyes de derecho de autor en más de 100 países.
- Como se indicó anteriormente, un componente especialmente importante de la mayoría de los acuerdos internacionales sobre derecho de autor es la prueba de los tres pasos. El examen más completo y accesible de la historia y el significado de esa prueba puede encontrarse en: P. Bernt Hugenholtz & Ruth L. Okediji, Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright: Final Report, March 06, 2008.
- Otro buen análisis de la prueba de los tres pasos disponible en formato impreso pero no en línea, incluye los siguientes: Martin Senftleben, Copyright, Limitations and the Three-Step Test (Kluwer Law Int'l 2004); and Jane C. Ginsburg, "Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the "Three Step Test" for Copyright Ex (2001).
- Una revisión exhaustiva de las principales excepciones y limitaciones del derecho de autor, reconocidas por los principales acuerdos multilaterales – combinada con un argumento que aclara y amplía esas excepciones y limitaciones, enfatizando "la importancia del acceso a las obras creativas para los países en vías de desarrollo", puede encontrarse en: Ruth L. Okediji, "The International Copyright System: Limitations, Exceptions and Public Interest Considerations for Developing Countries, International Centre for Trade and Sustainable Development and United Nations Conference on Trade and Development", Issue Paper No. 15 (2006). Incluye un excelente tratamiento del Anexo de la Convención de Berna.

- Para un estudio más escéptico sobre valor de esas excepciones y limitaciones de la OMPI, véase: Estudio sobre las limitaciones y excepciones relativas al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos en el entorno digital, 9ª. Sesión, junio 23-27, 2003.
- Un análisis excelente del proceso de implementación del ADPIC (que incluye una detallada discusión de los complejos procesos que llevaron a la revisión del Acuerdo Bangui entre los países de OAPI) puede encontrarse en: Carolyn Deere, The Implementation Game: The TRIPS Agreement and the Global Politics of Intellectual Property Reform in Developing Countries (Oxford UP 2009). La Introducción, que esquematiza el argumento de la publicación, puede verse en línea aquí.

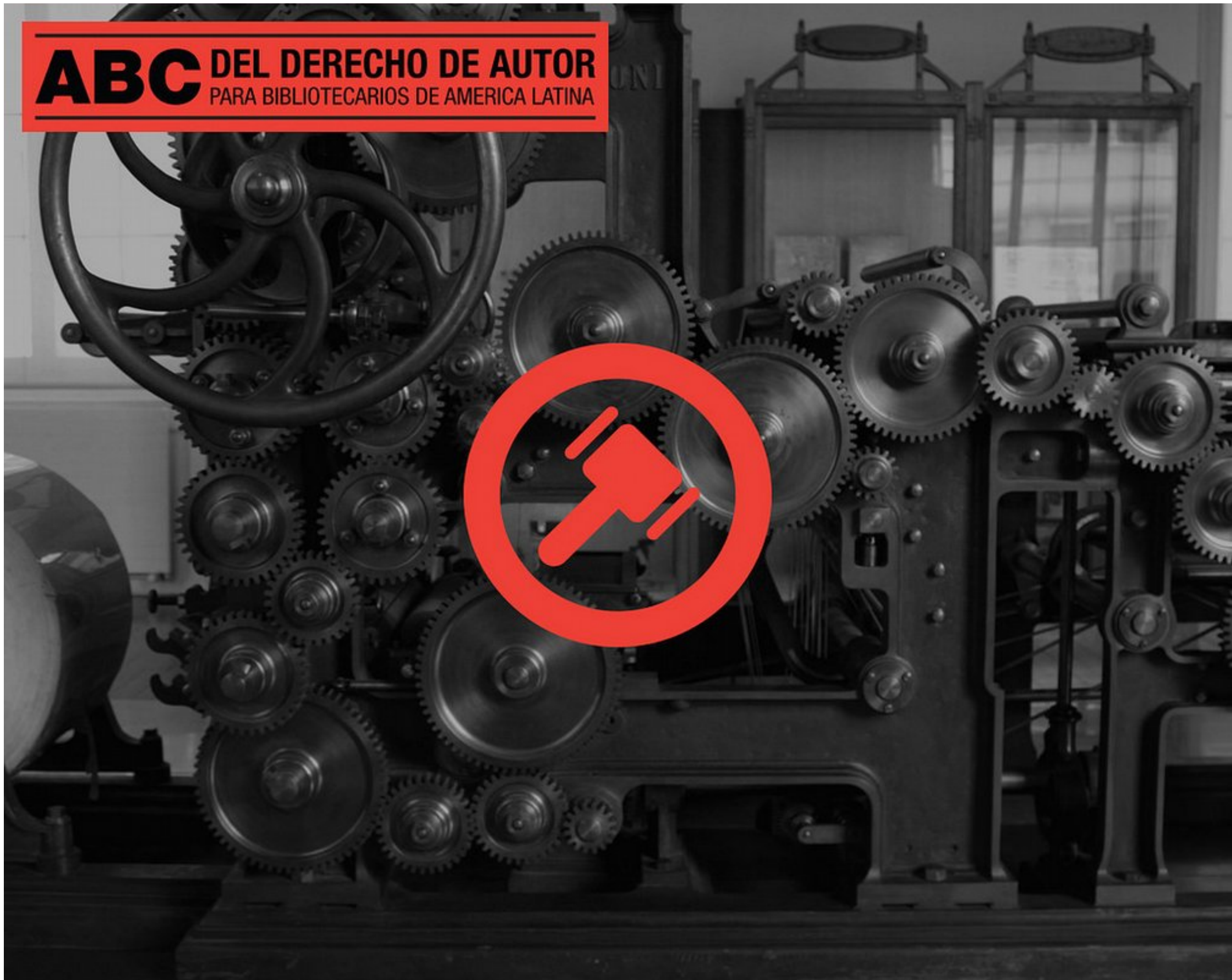
Para una información actualizada referente a la implementación de las Directivas de la Sociedad de Información de la Unión Europea por parte de los países, en forma individual, que incluye una buena bibliografía de estudios ilustrados sobre el proceso de implementación, véase: Instituut voor Infomatierecht (IVIR), Report on the Implementation of the Information Society Directive (2008).

Casos:

Las siguientes opiniones y extractos judiciales de decisiones emitidas en resoluciones de procedimientos de disputas de la OMC, exploran y aplican algunos de los principios presentados en este capítulo:

- Joined Cases C-92/92 and C-326/92, Phil Collins v Imtrat Handelsgesellschaft mbH; Patricia Im-und Export Verwaltungsgesellschaft mbH and Another v EMI Electrola GmbH (1993) (Applicability of the EEC Treaty to IP rights). Puede verse en este enlace.
- Sarah E. Henry, “The First International Challenge to U.S. Copyright Law: What Does the WTO Analysis of 17 U.S.C. § 110(5) Mean to the Future of International Harmonization of Copyright Laws Under the TRIPS Agreement?,” 20 Penn State International Law Review 301 (2001). (EU vs. US). Puede verse aquí.
- Jan Bohanes & Adrian Emch, “WTO Panel Report on China IPR: A Mixed Result,” China Law & Practice, pp. 19-20, March 2009 (US vs. China). Ver aquí.

Capítulo 5 - Derechos, Excepciones y Limitaciones



5.1 Objetivo del capítulo

Este capítulo trata sobre los derechos del titular de derechos de autor y sobre las excepciones y limitaciones de esos derechos.

5.2 Estudio de caso
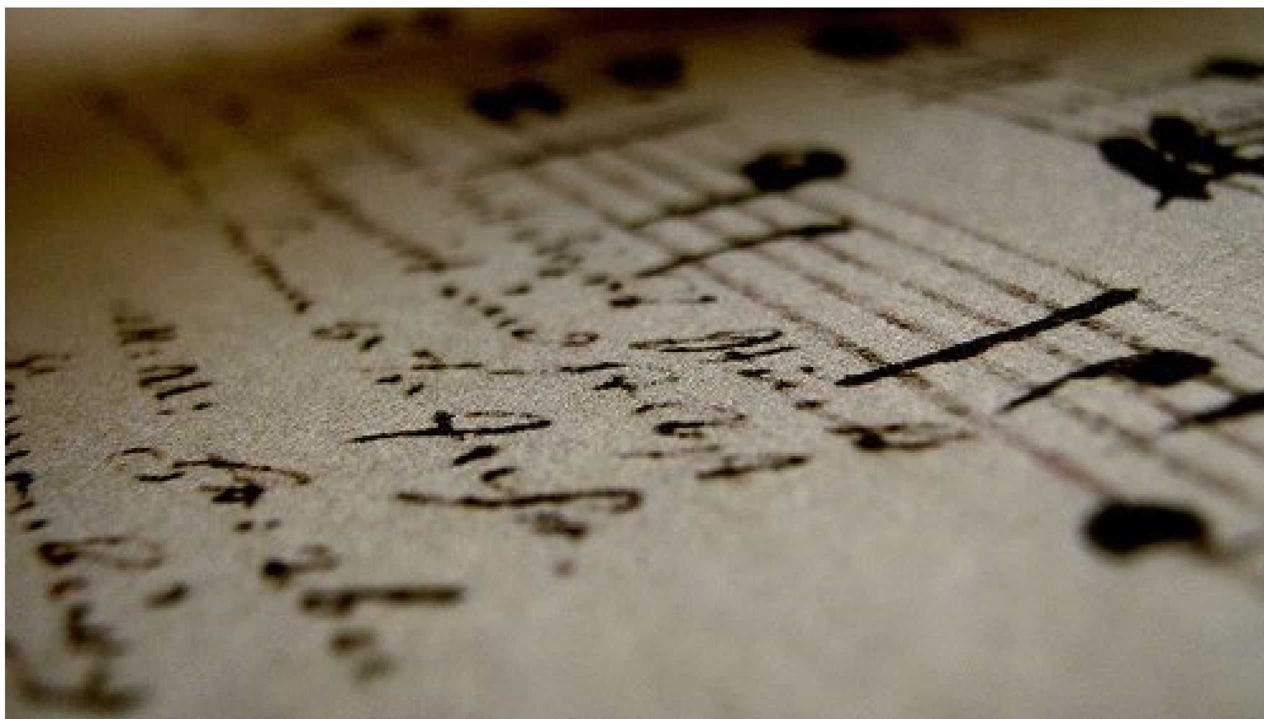


Imagen de → Luz Adriana Villa A. via Compfight cc

María, la tía de Ángela, colecciona partituras musicales. Muchos de los documentos de su colección son manuscritos y algunos son únicos. Ha decidido donar la colección completa a la biblioteca de la universidad. Ángela se encuentra con Nadia para comentar la mejor forma en que la biblioteca hará uso de la colección. En particular, Ángela solicita que se hagan copias digitales de todas las composiciones de la colección y que esas copias estén disponibles a nivel mundial a través de los servidores de la biblioteca.

5.3 Derechos Económicos

5.3.1 Derechos relacionados con la reproducción y distribución de una obra

El núcleo central de la legislación de derechos de autor es el derecho a realizar copias de una obra protegida. A esto se le denomina **"derecho de reproducción"**. El titular de la obra tiene el derecho **exclusivo** de realizar o autorizar la realización de dichas copias. La realización de una copia sin la

autorización del titular, infringe la ley de derecho de autor, a menos que exista el **permiso del titular** o se haga uso a través de una **excepción o limitación** al derecho de reproducción.



Como se observó en otro capítulo, el derecho de reproducción es ampliamente reconocido por los acuerdos internacionales. Sin embargo, como se presentará a continuación, esos mismos acuerdos también permiten a los países miembros redactar excepciones y limitaciones a este (y otros) derecho(s). Los estatutos sobre derecho de autor de prácticamente todos los países reconocen el derecho de reproducción.

¿Qué significa "reproducción"? Lo más evidente comprende la realización de una copia en el sentido literal –por ejemplo, fotocopiar un libro o un artículo. También incluye convertir una obra protegida a un nuevo formato –utilizando una grabadora para copiar un álbum de vinilo, por ejemplo. Algo menos evidente incluye la realización de una nueva obra que es "sustancialmente similar" a una ya existente, mientras se tiene esa obra existente en la mente. A manera de ejemplo, un estudiante de arte que se para frente a una pintura y realiza una réplica fiel de la misma,

infringiría el derecho de reproducción original del autor (a menos que el estudiante apele a una de las excepciones o limitaciones presentes en su ley nacional ya comentadas anteriormente).



Imagen de → Devlin Thompson via Compfight cc

Como puede imaginarse, el tema de hasta qué punto una obra puede considerarse "sustancialmente similar" a otra es un tema muy polémico y a menudo es base de litigios.

Muy relacionado con el derecho de reproducción está el **derecho de adaptación**, que proporciona a los titulares el derecho a adaptar una obra protegida, de una forma de expresión a otra, o de autorizar a otra persona a hacerlo. Ejemplos de adaptaciones incluyen la transformación de un libro en una película o una canción en un musical. El derecho de adaptación también se encuentra en prácticamente todos los sistemas de derecho de autor. Por ejemplo, el artículo 12 de la Convención de Berna requiere que los países miembros concedan a los autores el derecho de autorizar "adaptaciones, arreglos y otras transformaciones" de obras protegidas. El derecho de adaptación también incluye el derecho a **traducir** una obra a otros idiomas. El Artículo 8 de la misma Convención requiere que los países miembros reconozcan este derecho de traducción. En algunos

sistemas legales, el derecho de adaptación se expresa como el derecho a realizar **“obras derivadas”** que emplean la obra original como punto de partida pero que no son copias directas de la obra original.

En la mayoría de los países, los derechos de reproducción y de adaptación están muy relacionados. Es decir, la mayoría de las actividades que infringen el derecho de adaptación también lo hacen con el derecho de reproducción. Sin embargo, hay excepciones. Por ejemplo, recortar una foto para incluirla en un collage puede infringir el derecho de adaptación (a menos, por supuesto, que esté especificado en una de las excepciones o limitaciones). Pero, debido a que esa actividad no incluye la realización de una nueva copia, no infringe el derecho de reproducción.

Sin embargo, el grado de superposición de estos dos derechos varía según el país. Cuál de los dos derechos está implicado en un caso particular, puede a veces hacer la diferencia, por ejemplo si el titular otorgó una licencia para uno de los derechos, pero no para el otro.

¿Cuál es el alcance de estos derechos? **El derecho de autor únicamente protege la expresión de ideas, no las ideas o los hechos mismos.** De esta forma, una obra inspirada por las ideas contenidas en otra pero que no utiliza ninguna de las expresiones protegidas en la obra inicial, no constituye ni reproducción, ni adaptación, y no infringe los derechos del titular.

Nótese también que el Artículo 2(3) de la Convención de Berna antes mencionada, prevé que las adaptaciones autorizadas están protegidas por su propio derecho de autor independiente, además de la protección del derecho de autor que se le otorga a la obra original.

Finalmente, el titular de los derechos de autor tiene **el derecho exclusivo de distribuir** su obra y el derecho de importar copias de la obra sujeto a ciertas excepciones. El derecho a distribuir incluye el **derecho a vender o autorizar la venta inicial** de la copia de una obra. Se incluyen también como formas de distribución el **derecho de alquiler y préstamo** de obras. De acuerdo a lo expresado en el capítulo 3 del curso la propiedad de una copia física de una obra es distinta a poseer el derecho de autor de la obra, por lo que en los países en los que no se prevé el **“agotamiento de los derechos de distribución”** luego de la primera venta el derecho exclusivo de distribución permite al titular controlar también el alquiler y préstamo como veremos en el punto 5.6 del presente capítulo.

5.3.2 Derechos relacionados con la Comunicación de una obra al Público

Otro importante derecho económico del titular de derechos de autor es el de comunicar la obra al público. En muchos países, este derecho está expresado como e**l derecho de representación y de exposición pública**.

El derecho de representación pública se relaciona con la **exhibición** de obras dramáticas, musicales y cinematográficas. El derecho de exposición pública está referido a la **exposición** de obras de arte, tales como pinturas y esculturas.

El Artículo 11 de la Convención de Berna exige a los países miembros que concedan a los titulares de derechos de autor de "obras dramáticas y musicales", el derecho de controlar la **interpretación pública** de esas obras "por cualquier medio o procedimiento que se utilice" (incluido, por ejemplo, una actuación en vivo o la ejecución de una grabación de una representación). El Art. 11 también extiende el derecho de representación pública a las traducciones de una obra protegida. También requiere que se les otorgue a los titulares el derecho de autorizar la transmisión o la comunicación pública de las obras protegidas vía cable, altavoz, "o cualquier instrumento análogo de transmisión por señales, sonidos o imágenes".

Como lo indica su nombre, los derechos de representación y de ejecución pública **únicamente controlan las actividades que son públicas**. Por lo tanto, las personas que poseen copias autorizadas de obras protegidas pueden interpretar o transmitir las obras en ambientes que no son públicos, sin riesgo de infringir la normativa. Por ejemplo, una persona que posee una copia de una película puede mostrarla a un grupo de invitados en su hogar, sin infringir el derecho de representación pública. De manera similar, una persona que posee una pintura o escultura puede exhibir la obra en su casa, sin infringir el derecho a la exposición pública.



Imagen de → wvs via Compfight cc

El derecho del titular a controlar la representación pública de su obra se extiende a muchas comunicaciones que inicialmente podrían no parecer "representaciones". Por ejemplo, como se indicó anteriormente, concede al titular el derecho de autorizar transmisiones de su obra. Esto incluye la transmisión televisiva, por cable, distribución satelital y la retransmisión de una obra. Puede también incluir transmisiones digitales a pedido y transmisiones de "pago por ver" (pay-per-view). Por lo menos en algunos países, el derecho también se extiende a representaciones en ambientes que no son estrictamente "públicos", por ejemplo, en escuelas, hogares de ancianos y prisiones.

El Tratado de Derecho de Autor (WCT) de la OMPI (WIPO) y el Tratado sobre Interpretación o

Ejecución y Fonogramas (WPPT), presentados anteriormente, alteran este grupo de normas de una forma sutil –y de una manera que no ha sido completamente resuelta. El Artículo 8 del WCT y los Artículos 10 y 12 de la WPPT requieren que los países miembros reconozcan **el derecho a que una obra protegida esté disponible al público**. EE.UU. adoptó la posición de que estas disposiciones del tratado no requieren cambios en la forma en que ese país ha formulado y puesto en vigor el derecho a la representación pública. No todos los países están de acuerdo. La Unión Europea, por ejemplo, consideró que el derecho a que "sea accesible" agrega un elemento nuevo.

La circunstancia principal en la que este desacuerdo podría hacer la diferencia es cuando alguien publica un documento protegido en un sitio Web, pero que nadie ha descargado todavía. El tratamiento de tales casos puede variar según el país.

5.4 Derechos Morales



Muchos países proporcionan derechos morales a los autores, además de derechos económicos. Contrariamente a los derechos económicos, **los morales generalmente no pueden ser transferidos a otras personas**, aunque muchos países permiten la renuncia a ellos –ya sea en su totalidad (por ejemplo en EE.UU.), o en conjunción con licencias específicas de derechos económicos (por ejemplo en Francia). Los límites sobre la transferencia de derechos morales refleja la fundamentación de los mismos, en especial, que los obras producidas por un autor son una extensión de su propio ser y constituyen una marca de su personalidad. Por lo tanto, los derechos morales **protegen las obras de la destrucción o mutilación**, en parte para proteger la expresión de la personalidad del autor, y en parte para protegerlo de un daño a su reputación. Los derechos morales están reconocidos ampliamente en países con sistema de derecho civil.



Imagen de → (davide) via Compfight cc

El reconocimiento de un subconjunto limitado de derechos morales se observa en el Artículo 6bis de la Convención de Berna. El Artículo 6bis requiere que el autor de una obra tenga por lo menos dos tipos de derechos morales. El primero es comúnmente conocido como el **“derecho de atribución”**. Incluye no solamente el derecho de un autor a que su nombre esté asociado con sus obras, sino también el derecho a que su nombre no se asocie con obras que le son ajenas. El derecho

de atribución también concede al autor el derecho a publicar una obra con un seudónimo. El segundo derecho moral requerido mediante el Artículo 6bis es el derecho del autor a objetar la destrucción o modificación de su obra, si atenta contra su honor o reputación. Este se conoce comúnmente como el **"derecho de integridad"**.

Aunque el Artículo 6bis recomienda que estos derechos morales permanezcan vigentes después del fallecimiento del autor, por lo menos hasta que venzan los derechos patrimoniales, también permite a los países miembros limitar los derechos morales a la vida del autor. Sin embargo, las protecciones del Artículo 6bis no son tan sólidas como parecen, porque es la única disposición de la Convención de Berna que no se incorporó al Acuerdo ADPIC.

Además del derecho de atribución y de integridad, muchos países también reconocen **el derecho de divulgación y el de retiro**. El primero concede al autor el derecho exclusivo de determinar cuándo se realizará el lanzamiento al público. Este derecho tiene prioridad aun sobre un compromiso contractual del autor para transferir la obra a un cliente o patrocinador. El derecho de retiro permite a un autor retirar obras de la publicación o circulación si considera que no desea estar representado o asociado con esas obras específicas. Este derecho es mucho menos fuerte en la práctica que lo que parece, debido a que el autor tendría que pagar a las personas a quien le retira las copias y además porque el derecho de retiro choca contra el derecho de un comprador a mantener la mercadería que adquirió. Como resultado, casi nunca se recurre a él.

Es importante verificar las disposiciones de cada país relativas a los derechos morales. Las naciones varían considerablemente en los derechos que reconocen, la duración de los mismos, si pueden ser ignorados, etc. Por ejemplo, en España se reconocen siete derechos morales: el derecho de divulgación, el de publicar con el nombre real del autor o con un pseudónimo, el derecho a ser reconocido como el autor de la obra, el de la integridad de la obra (que incluye evitar la distorsión o modificación de la obra), el de modificar la obra (limitado por otras disposiciones estatutarias), el derecho a retirar la obra y el de acceder a una copia única o exclusiva de la misma, aun si esa copia es propiedad de un tercero (aunque el ejercicio de este derecho por parte del autor está limitado por ciertas consideraciones para el propietario de la copia).

5.5 Derechos Conexos y "Sui Generis"

Los "derechos conexos" refieren a los derechos de quienes colaboran con el autor de una obra protegida por derecho de autor, pero que no califican para tener el derecho de autor. Incluyen los derechos de las organizaciones de radiodifusión en sus transmisiones de programas (a diferencia de los derechos de los propios programas), el derecho de un artista a la interpretación de un tema (a diferencia del derecho de autor del tema en sí) y el derecho del productor de un disco (a diferencia del derecho de la composición musical que incluye la grabación). Es importante tener en cuenta estos derechos conexos, además de los derechos del titular, cuando se considera qué usos de una obra están permitidos.

Además de los derechos conexos que tienen las representaciones, algunos países han reconocido recientemente derechos en **bases de datos**, diseños de chips semiconductores, diseños de cascos de barco, etc. Estos derechos son conocidos comúnmente como **derechos sui generis**, aunque la distinción entre "derechos conexos" y "sui generis" es muy arbitraria. De estos nuevos derechos, el único que podría afectar de una manera significativa las actividades de los bibliotecarios es el de la protección de bases de datos. Como se indicó anteriormente, la mayoría de los países emplean la normativa del "common law" para proteger las maneras originales en las que los datos de una base de datos se seleccionan o clasifican. Pero, hasta el momento, únicamente en los países de la Unión Europea se protegen los contenidos de una base de datos.



Imagen de → Sergiu Bacioiu via Compfight cc

El sistema de protección de bases de datos de la Unión Europea es muy polémico. Los críticos afirman que es innecesario proporcionar incentivos para la creación de bases de datos y simplemente impide la circulación de información objetiva. Sin embargo, los esfuerzos para verificar esta crítica en la práctica, comparando la proporción de innovación en las bases de datos en los países con o sin leyes de protección para las mismas, no han sido concluyentes hasta el momento. Hasta que esto se resuelva, la protección de las bases de datos es improbable que se difunda ampliamente, sin embargo ya algunos países han acogido esta modalidad; ejemplo: Corea.

5.6 Derechos de Alquiler y Préstamo

Además de los derechos mencionados anteriormente, en algunos países los titulares de derechos de autor sobre ciertos tipos de trabajos, tienen derechos de distintos tipos, en situaciones donde sus trabajos están disponibles de manera temporal para otras personas. Se deben distinguir dos tipos de derechos diferentes. El **derecho de alquiler** que rige en situaciones en la cual una copia de un trabajo protegido se alquila a otra persona para obtener una ventaja comercial.

El **derecho de préstamo público** que rige para situaciones en las cuales una copia de un trabajo protegido es proporcionada de manera gratuita por una institución a un usuario. Esta práctica de préstamo de casi todas las bibliotecas públicas y académicas estaría dentro de este ítem.

Ambos derechos son relativamente nuevos y son muy polémicos. El Acuerdo ADPIC (en el Artículo 11), el WCT (en el Artículo 7) y el WPPT (en los Artículos 9 y 13) requieren que los países miembros reconozcan los derechos de alquiler pero únicamente con referencia a tres categorías precisas de trabajos: programas de computación, películas y fonogramas. Ninguno de estos acuerdos, ni tampoco otros acuerdos multilaterales, exige a los países firmantes reconocer los derechos de préstamo público. Hasta el momento, únicamente un acuerdo regional exige a los países miembros el establecimiento de derechos de préstamo público: Las Directivas de la Unión Europea sobre Derechos de Renta y Préstamo de 1992. En sus artículos 1 y 2 se requiere que los miembros extiendan los derechos de renta y préstamo no solamente a los intérpretes, productores de fonogramas y productores de cine, sino también a los “autores”. El artículo 5 de la directiva permite a los países miembros limitar el derecho de préstamo, pero únicamente si los autores son indemnizados, o eximir a categorías de instituciones de esa cobertura, pero solamente si la exoneración no alcanza a todas las instituciones. La directiva es extremadamente polémica y fue

necesario efectuar procedimientos formales para obligar a varios miembros de la Unión Europea a acatarla.

De acuerdo a la cobertura tan incompleta de los derechos de alquiler y préstamo público en los acuerdos supranacionales, no sorprende que muchos países no los reconozcan en la actualidad. De especial importancia para las bibliotecas es el hecho de que actualmente únicamente 29 países establecieron sistemas de derechos de préstamo público. La mayoría de esos países son europeos. EE.UU. no lo tiene, y tampoco la mayoría de los países de América Latina, África o Asia.



Imagen de → J. Star via Compfight cc

Muy pronto se citará a los bibliotecarios de los países en vías de desarrollo a participar en debates relacionados a si sus países adoptarán un sistema de derecho de préstamo público. ¿Qué postura adoptarán? The International Federation of Library Associations and Institutions (IFLA) ofrece dos recomendaciones razonables. La primera es que **los bibliotecarios no deberían aceptar cualquier propuesta legislativa que requiera que las bibliotecas tengan que pagar a autores, intérpretes y productores.** Las únicas maneras que las bibliotecas podrían hacer tales pagos sería cobrándoles a

los usuarios u obtenerlos de los escasos recursos de otros programas. Cualquiera de las dos estrategias estaría en contra de la misión central de las bibliotecas. En resumen, la única versión aceptable de un sistema de préstamo público sería una en la que el gobierno, y no las bibliotecas, hiciera efectivo el pago, como ocurre en la mayoría de los países europeos.

En segundo lugar, la IFLA argumenta que aún en un sistema en el que el gobierno pagara esos montos, **sería imprudente en los países en vías de desarrollo**, porque reduciría el dinero que el gobierno podría emplear en funciones sociales o culturales más esenciales tales como proporcionar a los ciudadanos un sistema de salud adecuado o una educación básica.

Este tema seguramente requerirá especial atención por parte de los bibliotecarios en un futuro cercano.

5.7 Excepciones y Limitaciones

Todos los acuerdos internacionales en materia de derecho de autor permiten que los países adopten excepciones y limitaciones a los derechos patrimoniales estudiados previamente, con el fin de posibilitar el uso de material protegido sin contar con la autorización del autor o del titular. De hecho un gran número de países las han adoptado.

Si bien estas excepciones buscan propósitos distintos, en la mayoría de los casos su razón de ser es la de **garantizar derechos humanos como la libertad de expresión y la participación en la vida cultural**. Sin embargo también tienen otros fines como **evitar que el derecho de autor frustre la creatividad y la innovación** en vez de incentivarlas, **promover el crecimiento económico**, e incluso, son formas de **reconocer la imposibilidad de monitorear y cobrar por ciertos usos de las obras**.

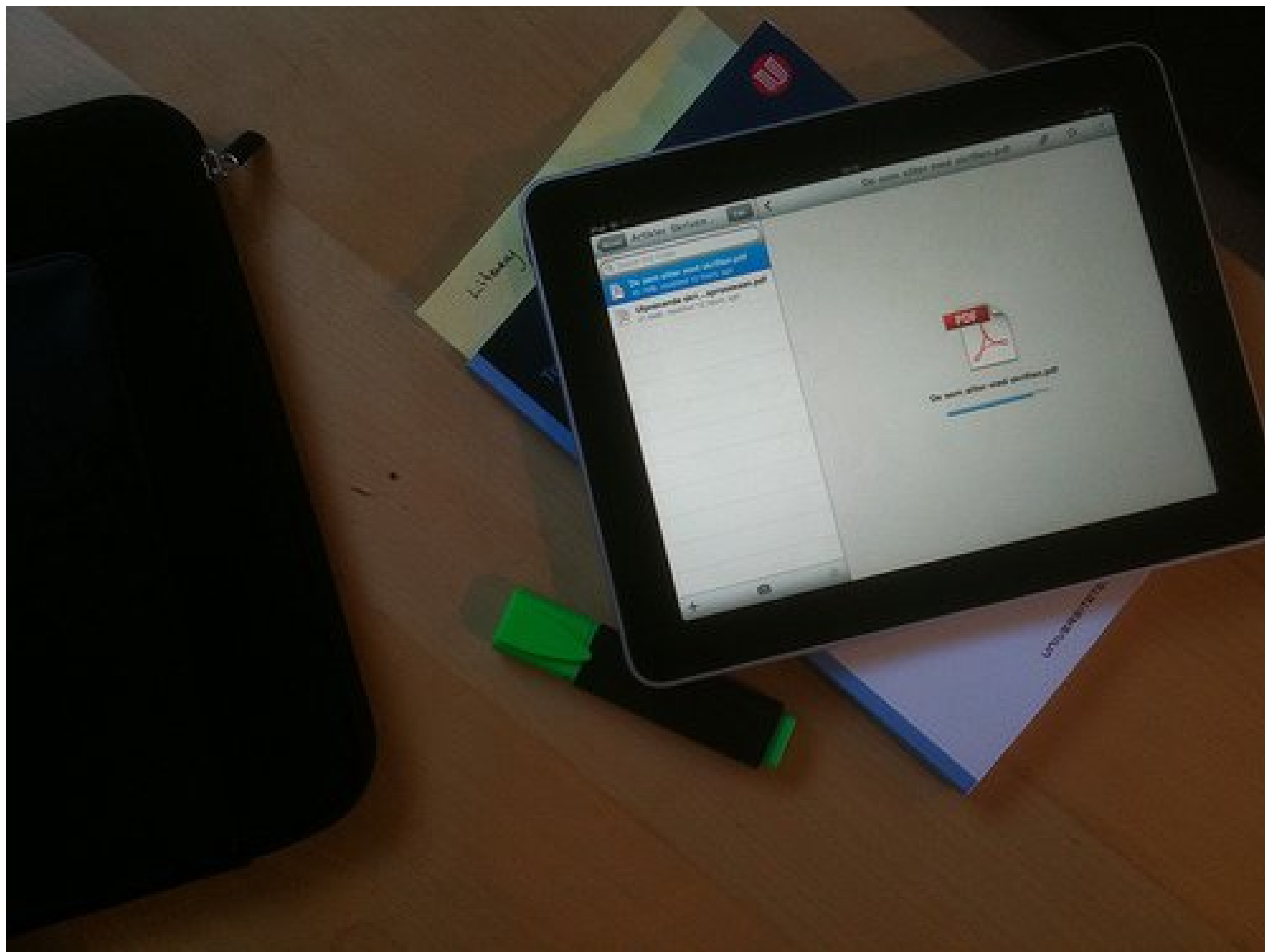


Imagen de → mortsan via Compfight cc

Debido a su importancia para el ejercicio de derechos y para la promoción de la creatividad, las excepciones deben tener la misma trascendencia y relevancia que los derechos de autor a los que se refieren, pues son herramientas que **equilibran el sistema** de protección que ha beneficiado tradicionalmente los intereses de autores, titulares, y de las industrias en particular, con los intereses de los usuarios y del público en general. Es por esto que a menudo se menciona que las excepciones crean **"derechos de los usuarios"**.

La **Declaración Universal de los Derechos Humanos** en su artículo 27 consagra tanto el derecho de toda persona a "tomar parte libremente en la vida cultural" y de acceder a las artes y la ciencia, como el derecho de los autores a la protección de sus intereses morales y materiales.

Los países en sus legislaciones nacionales han adoptado diferentes tipos de excepciones y limitaciones. Esto ha causado que la lista de excepciones sea bastante extensa y diversa, pues como no existe un modelo único de cómo deben establecerse, éstas **varían de legislación en legislación**.

Particularmente, los países de tradición jurídica europea-continental (o de derecho civil) como los de América Latina, se caracterizan por tener listados legales de casos que describen de forma taxativa las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que se permite el uso de las obras sin necesidad de autorización. Mientras tanto, países de tradición jurídica anglosajona (o de common law) como Estados Unidos y el Reino Unido han optado por mecanismos más flexibles como el uso justo (fair use) y el trato justo (fair dealing) respectivamente, que permiten el uso de las obras bajo ciertos parámetros más amplios. Sin embargo, es común que en estos países se combinen mecanismos flexibles con listas cerradas de casos.

Teniendo en cuenta lo anterior, es posible clasificar las **excepciones** en dos categorías: **i) aquellas que identifican actividades específicas permitidas** y **ii) aquellas que establecen lineamientos generales para usos permitidos**, trasladando posteriormente a los tribunales la responsabilidad de aplicar dichos lineamientos a casos concretos.

Un ejemplo de las excepciones de la primera categoría es el artículo 22 de la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones, el cual permite que los países miembros adopten excepciones como las siguientes:

Artículo 22. Sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo V y en el artículo anterior, será lícito realizar, sin la autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, los siguientes actos:

a) Citar en una obra, otras obras publicadas, siempre que se indique la fuente y el nombre del autor, a condición que tales citas se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga;

b) reproducir por medios reprográficos para la enseñanza o para la realización de exámenes en instituciones educativas, en la medida justificada por el fin que se persiga, artículos lícitamente publicados en periódicos o colecciones periódicas, o breves extractos de obras lícitamente publicadas, a condición que tal utilización se haga conforme a los usos honrados y que la misma no sea objeto de venta u otra transacción a título oneroso, ni tenga directa o indirectamente fines de lucro;

c) reproducir en forma individual, una obra por una biblioteca o archivo cuyas actividades no tengan directa ni indirectamente fines de lucro, cuando el ejemplar respectivo se encuentre en la

colección permanente de la biblioteca o archivo, y dicha reproducción se realice con los siguientes fines:

1. Preservar el ejemplar y sustituirlo en caso de extravío, destrucción o inutilización; o,
2. sustituir, en la colección permanente de otra biblioteca o archivo, un ejemplar que se haya extraviado, destruido o inutilizado.

d) reproducir una obra para actuaciones judiciales o administrativas, en la medida justificada por el fin que se persiga; e) reproducir y distribuir por la prensa o emitir por radiodifusión o transmisión pública por cable, artículos de actualidad, de discusión económica, política o religiosa publicados en periódicos o colecciones periódicas, u obras radiodifundidas que tengan el mismo carácter, en los casos en que la reproducción, la radiodifusión o la transmisión pública no se hayan reservado expresamente;

f) reproducir y poner al alcance del público, con ocasión de las informaciones relativas a acontecimientos de actualidad por medio de la fotografía, la cinematografía o por la radiodifusión o transmisión pública por cable, obras vistas u oídas en el curso de tales acontecimientos, en la medida justificada por el fin de la información;

g) Reproducir por la prensa, la radiodifusión o la transmisión pública, discursos políticos, así como disertaciones, alocuciones, sermones, discursos pronunciados durante actuaciones judiciales u otras obras de carácter similar pronunciadas en público, con fines de información sobre los hechos de actualidad, en la medida en que lo justifiquen los fines perseguidos, y conservando los autores sus derechos a la publicación de colecciones de tales obras;

h) Realizar la reproducción, emisión por radiodifusión o transmisión pública por cable, de la imagen de una obra arquitectónica, de una obra de las bellas artes, de una obra fotográfica o de una obra de artes aplicadas, que se encuentre situada en forma permanente en un lugar abierto al público;

i) la realización, por parte de los organismos de radiodifusión, de grabaciones efímeras mediante sus propios equipos y para su utilización en sus propias emisiones de radiodifusión, de una obra sobre la cual tengan el derecho para radiodifundirla. El organismo de radiodifusión estará obligado a destruir tal grabación en el plazo o condiciones previstos en cada legislación nacional;

j) realizar la representación o ejecución de una obra en el curso de las actividades de una institución

de enseñanza por el personal y los estudiantes de tal institución, siempre que no se cobre por la entrada ni tenga algún fin lucrativo directo o indirecto, y el público esté compuesto exclusivamente por el personal y estudiantes de la institución o padres o tutores de alumnos y otras personas directamente vinculadas con las actividades de la institución;

k) la realización de una transmisión o retransmisión, por parte de un organismo de radiodifusión, de una obra originalmente radiodifundida por él, siempre que tal retransmisión o transmisión pública, sea simultánea con la radiodifusión original y que la obra se emita por radiodifusión o se transmita públicamente sin alteraciones.

Una de las excepciones transcrita beneficia directamente a las **bibliotecas y archivos** (y a los usuarios) de los países de la Comunidad Andina de Naciones pues permite que estas importantes instituciones puedan reproducir las obras para **preservar los ejemplares y sustituirlos** en caso de extravío, destrucción o inutilización, siempre y cuando la reproducción se realice sin fines de lucro directos o indirectos.

No obstante cuando las excepciones y limitaciones al derecho de autor están recopiladas en listas cerradas -que describen estrictamente quién, cómo y cuándo pueden usarse las obras sin autorización-, existe **un riesgo muy alto de que estos listados dejen por fuera algunas actividades que deberían estar permitidas y, a la vez, que se desactualicen rápidamente.** Es por ello que la normatividad internacional en materia de derecho de autor ha incorporado la prueba de los tres pasos, ya estudiada en capítulos anteriores, como un parámetro para que los países individualmente introduzcan nuevas excepciones y limitaciones en sus legislaciones nacionales de acuerdo a sus necesidades.

La prueba de los tres pasos permite, por ejemplo, que los países de la Comunidad Andina de Naciones puedan adoptar nuevas excepciones y limitaciones para garantizar los derechos fundamentales de las personas con discapacidad visual, vulnerados por la escasez de obras en formatos accesibles. En el listado transcrito no hay ninguna norma que permita el cambio de formato (o la reproducción) de las obras ya impresas a formatos accesibles sin necesidad de autorización de su autor o del titular.

Asimismo las bibliotecas podrían aprovechar mejor los beneficios de las tecnologías de la información y de las telecomunicaciones, si los países incluyeran una excepción y limitación que

permita la digitalización de las obras, el rompimiento de los candados digitales (medidas tecnológicas de protección) que impiden el acceso a las obras por parte de los usuarios, entre otras.
La doctrina del **uso justo** (fair use) de Estados Unidos, por su parte, es un ejemplo de las excepciones y limitaciones de la segunda categoría. Ésta se encuentra recopilada en la sección 107 de la Ley de Derechos de Autor de EE.UU.:

> "No obstante las [disposiciones estatutarias que conceden derechos exclusivos a los titulares de derechos de autor], el uso justo de una obra protegida, incluyendo ese uso en la reproducción de copias o fonogramas o cualquier otro medio especificado en esa sección, para propósitos tales como la crítica, el comentario, la información de noticias, enseñanza (incluyendo copias múltiples para uso en el aula), becas, o investigación, no constituye una infracción del derecho de autor. Para determinar si el uso que se hizo de una obra en un caso particular es un uso justo, se considerarán los siguientes factores: (1) el propósito y carácter del uso, incluyendo si es de naturaleza comercial o por propósitos educativos sin fines de lucro; (2) la naturaleza de la obra protegida; (3) la cantidad y sustancialidad de la parte utilizada en relación con la totalidad de la obra protegida; y (4) el efecto del uso en el mercado potencial o el valor de la obra protegida. El hecho de que una obra no haya sido publicada no inhibe la determinación del uso justo, si dicha determinación se realiza considerando los factores mencionados".

Los tribunales en EE.UU. a través de esta doctrina han reconocido diversas excepciones al derecho de autor, concluyendo que actividades como la **parodia** de una obra protegida, la reproducción de parte de una obra protegida con **propósitos académicos**, y el uso de una videograbadora para **capturar programas de televisión** con el fin de verlos en un momento posterior, no son usos infractores.

En el medio de estas dos categorías se encuentra la **doctrina del trato justo** (fair dealing), que se caracteriza por definir un listado de propósitos para los cuales se permite la utilización de las obras sin la autorización del autor o del titular. En este sentido, si la obra se usa para un propósito diferente al enunciado en la ley, este uso estará por fuera del ámbito de aplicación del trato justo. Este enfoque se considera menos impredecible que el uso justo de EE.UU. pero también menos flexible.

Un ejemplo de esta categoría intermedia es la Ley de Derechos de Autor de Australia que según la

enmienda de 2006, permite el uso de material protegido para propósitos de investigación, crítica o análisis, información de noticias, consejo legal y parodia o sátira. Sin embargo no quiere decir que todo lo relacionado con estos temas se considere como una actividad justa en particular. El tribunal deberá considerar una serie de factores que se acercan a los del uso justo en EE.UU.
En general, los tribunales eximirán aquellas conductas que se ubiquen entre los propósitos permitidos si consideran que hubo un **"juicio apropiado bajo el criterio de una persona de mente responsable y honesta"**.

Otra excepción a los derechos de autor casi universal, -aparte de las categorías ya mencionadas-, es la doctrina del **agotamiento del derecho** o de la **primera venta**. De acuerdo a esta doctrina, una vez que un consumidor ha adquirido legalmente un ejemplar de una obra protegida, el autor o el titular ya no tiene capacidad de controlar cómo se distribuye este ejemplar en particular.

Por esta razón, la reventa, el préstamo o alquiler de una obra protegida y legalmente adquirida, son actividades que se encuentran generalmente permitidas. Sin embargo los países pueden imponer ciertas limitaciones a estos derechos restringiendo o exigiendo licencias obligatorias para ciertos usos de las obras protegidas. Debido a esto los países pueden prohibir, por ejemplo, el alquiler de artículos que se pueden copiar fácil y frecuentemente como los programas de computador o las grabaciones sonoras.

A su vez los países pueden exigir que se le pague al autor o al titular de la obra una compensación económica cuando se efectúe la reventa de una obra protegida. A esto se le conoce como **derecho de participación o droit de suite**, pero solo tiene lugar en pocas jurisdicciones y aplica exclusivamente a obras de arte únicas.

La aplicación de la doctrina del agotamiento del derecho o de la **primera venta** es menos intuitiva cuando se trata de **obras digitales**, pues lo que puede parecer un uso normal desde la perspectiva de un consumidor, podría realmente involucrar la realización de copias digitales adicionales y, como ya se sabe, este uso podría estar prohibido por el derecho exclusivo de reproducción que posee el autor o el titular.



Imagen de → splorp via Compfight cc

Bajo esta doctrina un consumidor que adquiere un CD puede escucharlo en cualquier equipo o prestárselo a un amigo para que lo escuche y lo devuelva sin preocuparse por infringir el derecho de autor. No obstante si el mismo consumidor adquiere en línea una canción, la escucha y la envía por correo, estaría infringiendo los derechos de autor -incluso si borra la copia original- porque la canción ha sido reproducida, es decir, porque realizó una copia digital de esta.

Frente a esto surgen diversos **interrogantes acerca de si la doctrina del agotamiento del derecho o de la primera venta abarca los usos digitales de las obras**, pero hasta el momento esta cuestión no ha sido aclarada. Incluso algunos países ni siquiera han considerado esta doctrina en sus legislaciones nacionales y el préstamo público de ejemplares físicos como el que realizan las bibliotecas aun no está permitido.

5.8 Excepciones para Bibliotecas

Como se mencionó anteriormente, las leyes de derecho de autor de muchos países incluyen excepciones y limitaciones para permitir que las bibliotecas utilicen las obras protegidas como parte de su **misión de garantizar el libre acceso a la información y al conocimiento a sus usuarios**. Estas disposiciones varían ampliamente de país en país. Para una revisión completa de las excepciones y limitaciones en esta materia en 128 países puede consultarse el “Estudio sobre las Limitaciones y Excepciones al Derecho de Autor en Beneficio de Bibliotecas y Archivos” elaborado por Kenneth Crews.

A continuación se describen algunas situaciones comunes en las que las bibliotecas, y los bibliotecarios y bibliotecarias, requieren de flexibilidades para utilizar las obras protegidas, además de ejemplos sobre cómo los países resuelven estas situaciones.

Es importante tener en cuenta que debido a la inexistencia de excepciones que permitan cumplir efectivamente la misión de las bibliotecas y de los archivos especialmente en los países en vías de desarrollo, en la **OMPI se está negociando un instrumento jurídico internacional sobre excepciones y limitaciones** en materia de derecho de autor para estas entidades. Actualmente hay dos propuestas de instrumentos, una del grupo africano y otra por iniciativa de Ecuador, Brasil y Uruguay, apoyada por la International Federation of Library Associations and Institutions (IFLA), y a su vez un documento de trabajo del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI.

5.9 Permiso a usuarios de bibliotecas para utilizar la fotocopiadora u otro equipo de copiado de la biblioteca

Los usuarios frecuentemente requieren realizar **copias de fragmentos de las obras que se encuentran en la biblioteca.** A menos que el libro, el fragmento o el artículo que el usuario desee copiar sea de dominio público, esta copia estará regulada por la leyes de derecho de autor del país.
Si el copiado excede el máximo fijado por otras excepciones y limitaciones, el usuario estará infringiendo el derecho de autor. En algunos casos, debido a la ausencia de estatutos o de puertos seguros, la biblioteca podría ser responsable de forma indirecta o secundaria por permitir la

infracción, proporcionando el equipo. Los conceptos de **responsabilidad secundaria y responsabilidad indirecta** se explicarán posteriormente en otro capítulo.



Imagen de → UBC Library via Compfight cc

Muchos países han incorporado en sus legislaciones **disposiciones específicas que protegen a las bibliotecas y a los bibliotecarios** de incurrir en responsabilidad por infracciones a los derechos de autor debido a la utilización por parte de los usuarios de fotocopiadoras u otros equipos de copiado que la biblioteca proporciona. Para que esta exención de responsabilidad aplique, en algunos casos se requiere que las bibliotecas fijen avisos informando a los usuarios que la realización de fotocopias o reproducciones de las obras está regulada por la legislación de derecho de autor y que la persona que utiliza el equipo de copiado es responsable por cualquier infracción.

5.10 Materiales protegidos accesibles a través de Internet o de las computadoras de la biblioteca

Las bibliotecas con frecuencia ponen obras y materiales a disposición del público a través de Internet y de sus computadores. Por ejemplo, tienen **sitios web** mediante los cuales publican obras a

las que el público en general puede acceder vía Internet. Si estas obras están protegidas y si las bibliotecas no están autorizadas por el autor o titular para su difusión, estas pueden ser consideradas como responsables por infringir el derecho de autor.

A manera de ejemplo, Chile en su legislación de derecho de autor ha permitido que las bibliotecas y archivos que no tengan fines lucrativos, puedan sin necesidad de autorización del autor o titular, ni pago de remuneración, efectuar la **reproducción electrónica de las obras** en sus colecciones para que estas sean consultadas gratuita y simultáneamente por un número razonable de usuarios, solo en terminales de redes de estas instituciones y en condiciones que garanticen que no se realicen copias electrónicas de estas reproducciones.

Al respecto, muchos países han adoptado excepciones que usualmente han sido denominadas como **“puertos seguros”** para limitar la responsabilidad de los proveedores de servicios de internet. Tanto las bibliotecas como las universidades pueden ser consideradas como proveedoras de servicios de Internet y por esto pueden beneficiarse de la exención de responsabilidad si cumplen con los procedimientos establecidos en la legislación interna de los países que han adoptado este modelo.

5.11 Realización de copias para usuarios de la biblioteca

En algunos países los usuarios de las bibliotecas a menudo solicitan a los bibliotecarios y bibliotecarias que realicen **copias de obras protegidas para uso personal**. Esto se debe a que estos países han incorporado excepciones y limitaciones que permiten la realización de copias limitadas a este preciso fin. Algunos han permitido que estas reproducciones se hagan solo de cierto tipo de obras, como las publicaciones periódicas, mientras tanto otros no realizan ningún tipo de distinción. Por otra parte, hay algunos que únicamente permiten el copiado para fines de investigación.
Chile ha sido uno de los países que consideró una excepción y limitación al derecho de autor al respecto, en su reciente reforma a la ley de derecho de autor, así:

> “Artículo 71 J. Las bibliotecas y archivos que no tengan fines lucrativos podrán, sin que se requiera autorización del autor o titular, ni pago de remuneración alguna, efectuar copias de fragmentos de obras que se encuentren en sus colecciones, a solicitud de un usuario de la biblioteca o archivo exclusivamente para su uso personal. Las copias a que se refiere el inciso anterior sólo podrán ser realizadas por la respectiva biblioteca o archivo”.

Por su parte, dentro de los países donde aplica la doctrina del trato justo (fair dealing) se destaca por ejemplo el **Reino Unido**, en donde se permite que los bibliotecarios y bibliotecarias efectúen reproducciones de los artículos de publicaciones periódicas, pero estas se limitan a un único artículo por ejemplar y con la condición que se trate de una copia para investigación o estudio privado sin fines comerciales. Canadá, en donde también aplica esta doctrina, no restringe el número de ejemplares a un único ejemplar, pero circunscribe la excepción de reproducción a artículos publicados en revistas académicas, científicas o técnicas, y excluye ciertas obras como las de ficción y de poesía, de los tipos de obras que pueden copiarse.

5.12 Copias con fines de preservación y reposición

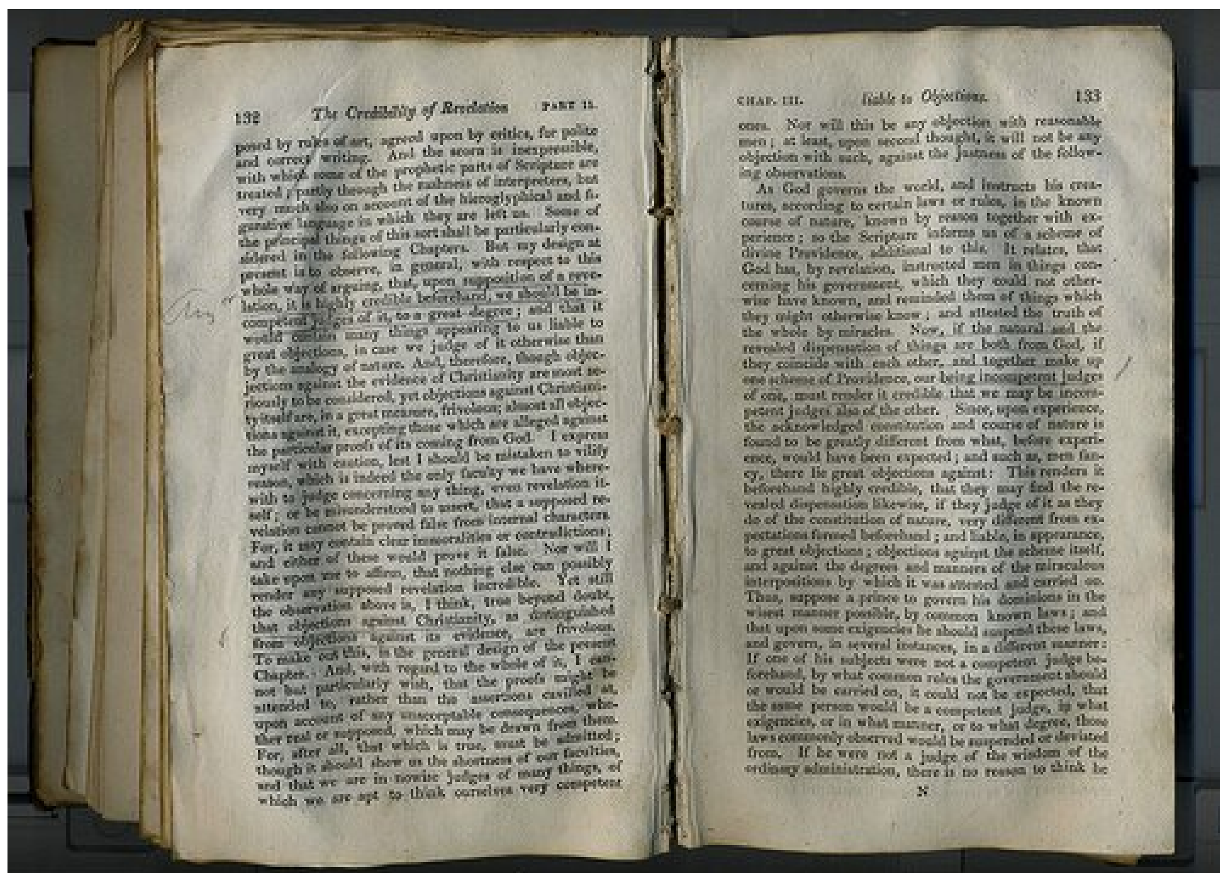


Imagen de → seriykotik1970 via Compfight cc

Las bibliotecarias y los bibliotecarios en algunos países pueden hacer copias de las obras de la biblioteca para su **preservación o reposición** bajo algunas circunstancias o requerimientos que se encuentran estrictamente regulados por las normas locales de derecho de autor, algunos de estos son:

- Que la biblioteca **haya adquirido la obra original**
- Que la obra se encuentre **accesible al público**
- Que la obra original esté en **riesgo de daño o deterioro**, se encuentre en un **formato obsoleto** o que **no pueda verse** debido a las condiciones de conservación.

Usualmente esta reproducción está limitada a un reducido número de copias. Asimismo, es común que la excepción de reproducción para fines de preservación o sustitución se encuentre limitada si una copia adecuada de la obra está disponible comercialmente.

Este es el caso de la ya mencionada Decisión Andina 351, la cual permite a las bibliotecas o archivos reproducir en único ejemplar, obras que se encuentren en la colección permanente de las bibliotecas o archivos, con la condición de que esta reproducción se efectúe con el fin de preservar el ejemplar o sustituirlo en caso de **extravío, destrucción o inutilización**.

La reproducción, en la mayoría de los casos, está limitada a la reproducción en papel y las copias en formatos digitales no son típicamente accesibles al público por fuera de las instalaciones de la biblioteca.

5.13 Creación de paquetes de cursos para estudiantes

En ciertos países es usual que se le solicite a los bibliotecarios y bibliotecarias de las universidades que preparen **sets de materiales para utilizar en los cursos o programas universitarios**. Estos sets son típicamente extractos de revistas, artículos, capítulos, entre otros materiales, que los docentes y las docentes asignan a los y las estudiantes que se inscriben en un curso en particular.

En EE.UU. estos sets de materiales solían armarse sin solicitar la autorización de los autores o titulares de las obras allí incluidas, considerando que la reproducción de estos materiales era un “uso justo” para fines académicos. No obstante los tribunales de este país en 1990 determinaron que la preparación y venta de tales materiales por parte de los establecimientos de copiado no era un uso justo. Si bien no hay absoluta certeza que estas decisiones apliquen a las universidades, es recomendable que esta cuestión se maneje cuidadosamente. La mayoría de universidades estadounidenses así lo ha hecho, y por tal motivo han implementado sistemas para obtener las licencias de uso de todos los materiales incluidos en los sets para sus cursos.

Como se estudió previamente, algunos países a diferencia de EE.UU. (aquellos de tradición europea continental) tienen un listado de excepciones y limitaciones específicas que en vez de basarse en la doctrina del uso justo para fijar los límites a la protección de los derechos de autor, contienen normas concretas que autorizan la creación de estos sets para cursos. Si este no es el caso, las bibliotecarias y bibliotecarios de estos países deberán obtener una **licencia de uso** por parte de los autores o titulares de las obras para crear este conjunto de materiales. Con el fin de facilitar la dispendiosa tarea de buscar las autorizaciones de todas las obras, los bibliotecarios y bibliotecarias, y en general las universidades, pueden contratar los servicios de las **entidades de gestión colectiva**. Estas entidades se encargan principalmente de negociar las condiciones de uso de las obras, recaudar dinero del público por dicho uso y distribuirlo entre los asociados que representan y agrupan. Esto posibilita que estas sociedades entren en contacto con los editores académicos y obtengan las autorizaciones requeridas para que puedan usarse las obras, incluyendo catálogos completos.

5.14 Adaptación de materiales para ciegos, personas con discapacidad visual y otras discapacidades para la lectura

Muchos países han incorporado en sus legislaciones excepciones y limitaciones específicas que permiten que las bibliotecas puedan proporcionar **ejemplares accesibles de las obras**, elaborados a partir de la reproducción de obras ya impresas, con destino a las personas con discapacidad visual. Al respecto de los países que han adoptado estas excepciones se encuentra el “Estudio sobre las Limitaciones y Excepciones en Materia de Derecho de Autor en Favor de las Personas con Discapacidades Visuales” elaborado por Judith Sullivan.

El 28 de junio de 2013 se adoptó en la Conferencia Diplomática de la OMPI el “Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso”. Este instrumento es **el primero que define un estándar mínimo en excepciones y limitaciones al derecho de autor**, enfocándose en el derecho humano a participar en la vida cultural y en los derechos de los usuarios.



Imagen de → Prefeitura de Limoeiro via Compfight cc

El objetivo de este tratado es ponerle fin a la hambruna de libros que afecta a más de 300 millones de personas con discapacidad visual en el mundo debido a que menos del 5% de las obras que se publican cada año están publicadas en formatos accesibles. Para ello, los países que ratifiquen este tratado deberán incorporar en sus legislaciones nacionales **excepciones que permitan como mínimo la reproducción, la distribución y la puesta a disposición de obras en formatos accesibles, así como el intercambio transfronterizo y la importación de ejemplares de estos formatos, y la elusión de medidas tecnológicas de protección** en beneficio de las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras discapacidades como aquellas que impiden sostener los libros o pasar las páginas. Sin embargo el tratado no define un modelo único de cómo las partes contratantes deban satisfacer las obligaciones que deriven de este.

5.15 Préstamos Interbibliotecarios

La legislación de derecho de autor de algunos países incluye excepciones que permiten los préstamos interbibliotecarios. Esto posibilita que las bibliotecas realicen **copias de las obras con el**

propósito de prestarlas a usuarios de otras bibliotecas. En ciertos casos las normas requieren que para efectuar estos préstamos, las bibliotecas paguen una remuneración por realizar la reproducción de las obras. El monto de estas licencias está generalmente determinado por el gobierno o por una sociedad de gestión colectiva.

En países como Australia, Nueva Zelanda y Singapur, los bibliotecarios y bibliotecarias deben asegurarse de que la obra no pueda obtenerse comercialmente, antes de solicitar la excepción para préstamo interbibliotecario. En la misma línea, existen normas denominadas de "suministro", las cuales permiten que una biblioteca realice una copia de una obra para otra biblioteca, pero no requieren que el propósito de la copia sea el uso privado por parte de un usuario. Estas normas varían de país en país. Por ejemplo, en Fiji, se exige que la biblioteca intente adquirir en primer lugar las obras a precio del mercado. En Antigua, por su parte, se permite la reproducción de una obra solo cuando no es posible adquirirla. En Irlanda, solo cuando la solicitud de autorización a los titulares de derechos no es razonable.

Es posible que los países no hayan incorporado esta excepción específica para las bibliotecas, de hecho la mayoría de los países de América Latina no las han adoptado. Sin embargo las bibliotecas pueden realizar algunas de las actividades mencionadas anteriormente, si existen disposiciones más amplias que permiten que cualquier ciudadano o ciudadana las realice -incluyendo a los bibliotecarios y bibliotecarias, e incluso a los usuarios y usuarias-, este es el caso de Irak y Namibia. En otras latitudes, las excepciones y limitaciones están restringidas a una lista de bibliotecas designadas (por ejemplo, aquellas de naturaleza estatal) o simplemente solo son válidas para aquellas bibliotecas que cumplen con ciertos requerimientos, tales como, estar abiertas al público en general y funcionar sin fines comerciales.

5.16 Licencias Obligatorias

Además de las excepciones y limitaciones presentadas anteriormente, muchos países limitan los derechos de los titulares de derechos de autor con las denominadas "licencias obligatorias". Generalmente se las considera como compromisos entre los intereses económicos de los titulares y los intereses del público que utiliza el material protegido. Por ejemplo, el Artículo 13 de la Convención de Berna otorga a los países la autoridad de imponer licencias obligatorias para el uso de composiciones musicales. Los ejemplos de licencias obligatorias existentes en algunos países

incluyen el derecho al préstamo público por parte de las bibliotecas, y el derecho del copiado para uso privado de grabaciones a cambio de un impuesto al comprar un CD sin grabar. Esto se tratará en el capítulo sobre Gestión de Derechos.

5.17 De regreso al estudio de caso

Lamentablemente, y a menos que las composiciones de la colección de Ángela estén en dominio público, no existe una respuesta simple a la interrogante de Ángela. Nadia se verá obligada a repasar los detalles del sistema particular de excepciones y limitaciones de la normativa sobre derechos de autor de su país, para asegurarse, en primer lugar, si puede realizar una copia digital de cada partitura y, en segundo lugar, si la biblioteca tiene permiso para publicar la copia digital en los servidores de la institución. Es más probable que la primera de estas actividades sea permitida, a que lo sea la segunda, pero ninguno de ambos usos quedará resuelto sin consultar la legislación del país.

5.18 Recursos Adicionales

Bibliográficos:

- En el año 2001, Siva Vaidhyanathan publicó: Copyrights and Copywrongs: the Rise of Intellectual Property and How It Threatens. Para consultar una entrevista con Vaidhyanathan en donde aporta una síntesis de su argumento, consulte: Copyrights and Copywrongs.
- Un estudio también disponible que considera un más favorable punto de vista sobre la evolución de los derechos y excepciones asociados con los derechos de autor, fue realizado por Paul Goldstein: Copyright’s Highway: From Gutenberg to the Celestial Jukebox (2003), que puede verse impreso o a través de una descarga de audio.
- Keneth Crews, autor de Study on Copyright Limitations and Exceptions for Libraries and Archives3, ofrece el examen más completo de las disposiciones de cada país sobre derechos de autor que proporciona flexibilidad a los bibliotecarios, aquí puede verse.
- Otro estudio de mucha utilidad es Limitations and Exceptions to Copyright and Neighbouring Rights in the Digital Environment: An International Library Perspective de

IFLA. Aquí se puede ver.

- Hay dos estudios útiles de WIPO: WIPO Study on Copyright Limitations and Exceptions for the Visually Impaired y WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment.
- Una información sobre las excepciones en derechos de autor en el Reino Unido se encuentra en Copyright Exceptions in the UK, sin embargo no se puede encontrar en línea.
- Un estudio muy accesible sobre la libertad que tienen los productores de cine (especialmente en EE.UU.) cuando citan material protegido, se puede encontrar en Recut, Reframe, Recycle (Center for Social Media 2008), de Pat Aufderheide y Peter Jaszi.

Casos:

Las siguientes opiniones judiciales exploran y aplican algunos de los principios presentados en este capítulo:

- Larrikin Music v. Men at Work (Australia 2010) (Derecho de reproducción). Case C-5/08, Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening (Derecho de reproducción).
- Gilham v. R, Court of Appeal of England and Wales (Court of Appeal of England and Wales), 2009) (Derecho de reproducción).
- J.K. Rowling v. RDR Books, 575 F.Supp.2d 513 (2009) (Obras derivadas).
- Caso C-306/05, Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v. Rafael Hoteles SA (Significado de Comunicación al Público).
- Case C-479/04, Laserdisken ApS v. Kulturministeriet (Agotamiento de los derechos de propiedad).
- Case C-245/00, Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten (SENA) v. Nederlandse Omroep Stichting (NOS) (Derechos de alquiler - Remuneración equitativa).
- Cour de cassation (1re ch. civ.), 28 février 2006, Studio Canal, Universal Pictures video France et SEV c/ S. Perquinet Ufc que Choisir (Copias privadas-Protecciones tecnológicas) Sweden: B 13301-06, 17 April 2009 (Pirate Bay Case) (Lo que significa «poner a disposición del público»).
- Buffet v. Fersig, Judgment of May 30, 1962, Cour d'appel, Paris, 1962 Recueil Dalloz [D. Jur.] 570 (narrado en Merryman, The Refrigerator of Bernard Buffet, 27 Hastings L.J. 1023 (1976)) (Derechos morales).
- Campbell v. Acuff Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994) (Uso justo) Germany:

Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 17. Februar 1998, - 1 BvF 1/97 (Derecho a emitir resúmenes breves).

- Casación No. 31.403, Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 28 de Mayo de 2010, Luz Mary Giraldo. (Plagio, Derechos morales). Puede consultarse aquí.
- Causa 57.62714, Sentencia del Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción No. 37 de la Ciudad de Buenos Aires, 13 de noviembre de 2009, Horacio Potel (Delitos contra los derechos económicos de Autor).

Capítulo 6 - Gestión de Derechos



6.1 Objetivo del capítulo

Este capítulo describe las normas legales que refieren a **la capacidad de los titulares de derechos de autor de cobrar por concepto de ingresos por la utilización de sus obras** y cómo los bibliotecarios pueden lograr la mejor aplicación de esas normas o buscar la manera de cambiarlas.

6.2 Estudio de caso

Nadia ayudó a Ángela a identificar varios ítems permitidos para incluir en el set de materiales del curso que prepara para sus estudiantes. Ángela ahora necesita que Nadia la ayude a obtener los permisos del material restante. En particular, le pide a Nadia que le informe:

- Qué actividades pueden estar protegidas por licencias que la biblioteca ya posee provenientes de editores o sociedades de gestión colectiva,
- qué cláusulas debe negociar para las actividades que requieran una licencia específica, y
- cómo debe tratar el tema de materiales cuyos autores no pueden identificarse o localizarse.

6.3 Gestión individual: Licencias y Asignaciones

Nota de los traductores:

Contrato de LICENCIA es un acuerdo formal por el cual el titular de un derecho (licenciante), reteniendo su propiedad, autoriza a un tercero (licenciatario) a usar o explotar ese derecho en las condiciones previstas en el propio contrato. LICENCIANTE o LICENCIADOR: Persona o entidad que otorga la licencia. En el texto se utilizará el término LICENCIANTE. LICENCIATARIO o CONCESIONARIO: Toda persona o entidad, de cualquier naturaleza, que tenga un convenio con el Licenciante por el que, este último, le otorgue una licencia de acceso y uso de sus contenidos bajo términos y condiciones específicas. En el texto se utilizará el término LICENCIATARIO.

Es importante recordar que **un derecho de autor otorga derechos exclusivos a su titular**, en lo referente a la obra protegida. Es común que los titulares utilicen **licencias para autorizar a otras personas a realizar actividades que estén cubiertas por esos derechos**. A menudo, aunque no siempre, el titular reclamará una **remuneración** al otorgar dicha licencia. Una licencia típica especificará los puntos siguientes:

- El uso autorizado (por ejemplo, reproducción, elaboración de obras derivadas, interpretación pública),
- el plazo de la autorización (por ejemplo, un año),

- el tipo de autorización (por ejemplo, exclusiva o no),
- la remuneración por los derechos (por ejemplo, una tarifa plana o una proporcional al número de copias o sus usos, o la mención de que no hay cobro de ningún tipo),
- el formato o tipo de medio de comunicación (por ejemplo, impreso solamente, o también digital; texto únicamente o también en otro tipo de soporte, tal como una grabación sonora o una película de cine),
- la audiencia a quién está dirigida y su localización (por ejemplo, en un país específico, las instalaciones de una biblioteca, el salón de clase, un curso de enseñanza a distancia).

A veces, el titular y el potencial licenciatario negocian la licencia directamente. En otros casos, el titular puede ofrecer a los potenciales usuarios, una licencia en formato estándar. En este caso el usuario puede tener muy poco o ningún margen de negociación de posibles modificaciones de los términos.

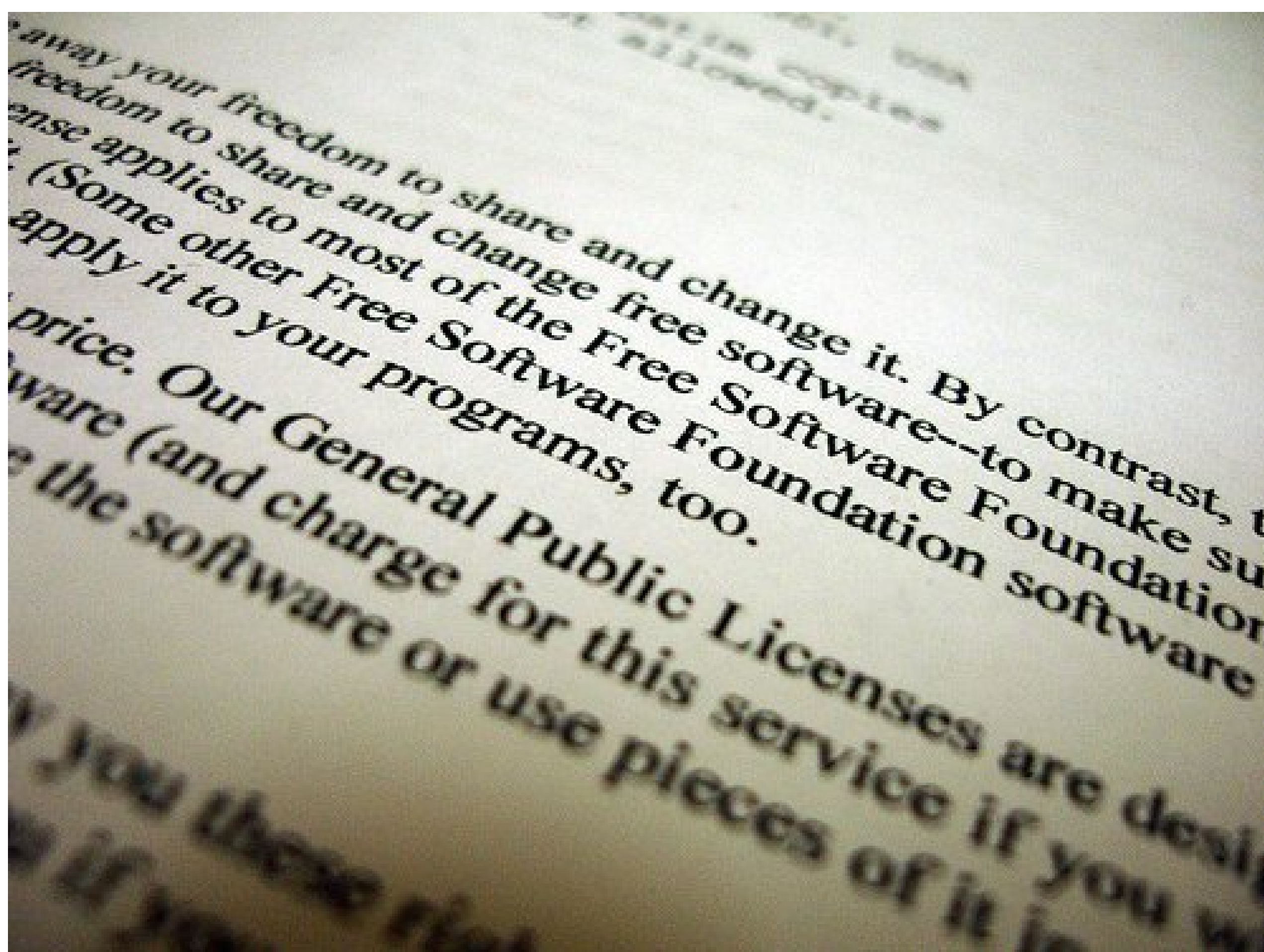


Imagen de → elloa via Compfight cc

Algunas licencias son **exclusivas**. Es decir, el que otorga la licencia, el licenciante, acuerda no permitir a un tercero realizar las actividades que cubre la licencia. Otras no son exclusivas, lo que significa que el licenciante tiene la libertad de permitir a terceros realizar las mismas actividades.

Se produce una **cesión** cuando **el titular del derecho de autor transfiere** con carácter permanente (en algunos países también puede ser temporal), alguno o todos sus derechos exclusivos. Por ejemplo, históricamente los contratos de publicación de libros y artículos exigían al autor la cesión de todos los derechos al editor. Más recientemente, muchos autores se han resistido a esto como parte de un acuerdo de publicación. La Scholarly Publishing & Academic Resources Coalition (SPARC) elaboró un apéndice adicional para contratos de publicación que permite a los autores retener los derechos de sus obras, y otorgar una licencia a los editores para usos específicos de esas obras.

Algunos países permiten a los autores de ciertos tipos de obras, "recobrar" los derechos que han sido cedidos u otorgados a través de una licencia, después de un período fijo de tiempo, sujeto a ciertas limitaciones. Para recobrar el derecho, el autor o sus herederos deben cumplir con requisitos de notificación formal. Por ejemplo, la ley estadounidense contiene dos disposiciones dirigidas a recobrar los derechos de autor (17 U.S.C. sections 203, 304.). Cuándo y cómo un derecho de autor puede recobrarse depende de un número de factores, incluido cuándo fue realizada la obra, quién firmó el acuerdo otorgando licencia o realizando la cesión, cuándo fue firmado el acuerdo y si la obra fue publicada. Creative Commons introduce un instrumento para ayudar a los autores y sus herederos a determinar cuándo, o si es posible, que un derecho de autor pueda recobrarse. Canadá y Australia tienen sistemas de recuperación que difieren sustancialmente en sus detalles pero incorporan el mismo principio general. Bélgica y Suecia utilizan un enfoque diferente; en esos países, ciertos tipos de cesiones caducan si los derechos otorgados no se ejercen.

Generalmente se permite a los titulares de derechos de autor **dividir y otorgar licencias de los derechos para diferentes usos de sus obras**, si lo desean. Sin embargo, la normativa en ciertos países limita la libertad sobre cómo realizar contratos sobre obras protegidas o incorporan disposiciones específicas que regulan las transacciones sobre éstas. Por ejemplo, algunos países exigen que las licencias o cesiones se realicen por escrito y que describan específicamente los términos de uso, de no cumplir este requisito, la licencia o la cesión no tendrían validez.

El grado en que los términos de una licencia son negociables, depende del tipo de obra que se trate y el poder de negociación del licenciante y del licenciatario. Los potenciales licenciatarios pueden a

veces aumentar su poder de negociación actuando colectivamente. Por ejemplo, un consorcio como la red eIFL, al agrupar los recursos de muchas bibliotecas, tiene mucho más poder que sus miembros actuando individualmente.

6.4 Licencias en el Entorno Digital

En la actualidad, **muchos recursos en línea y electrónicos están sometidos a licencias electrónicas**. Una forma común de licencia electrónica se denomina licencia unilateral o de envoltura porque incorpora **términos prescritos** y rara vez se someten a modificaciones. Las licencias unilaterales son frecuentemente utilizadas por los licenciantes de productos de software.

El término “empaquetado o envoltura” (“shrinkwrap” en inglés), proviene de la envoltura plástica que se encuentra frecuentemente en las cajas de programas de computadoras; las licencias de envoltura originales estipulaban que el hecho de romper el envoltorio constituía la aceptación de los términos de la licencia impresa en la caja o dentro de la misma.

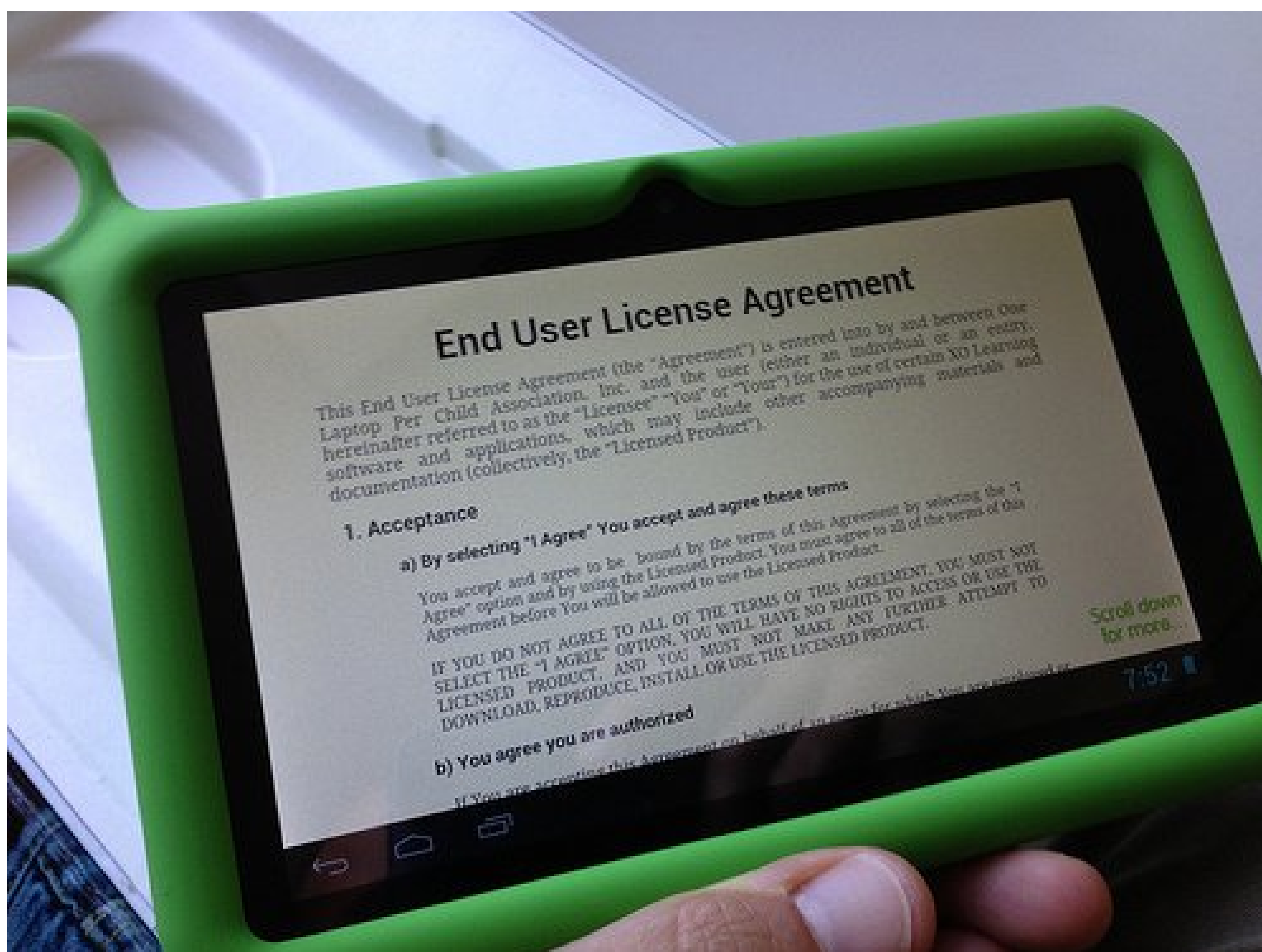


Imagen de → XO Tablet End User License Agreement via Compfight cc

Otra forma común es el llamado **Acuerdo de Licencia de Usuario Final** (EULA o “End User License Agreement”) o licencia de “browsewrap”*. La EULA la emplean frecuentemente los licenciantes de contenido en línea. Permite a los potenciales licenciatarios que lean los términos de la licencia en el sitio web del licenciante. Si deciden que desean usar el producto o el servicio del licenciante, aceptan la licencia al presionar un botón que indica: “Estoy de acuerdo” (I agree). Algunas licencias ni siquiera requieren un “clic“ o el acto de “pulsar una tecla“ (la declaración electrónica de una firma), sino que en su lugar suponen que la utilización del sitio web del licenciante es suficiente para demostrar una aceptación tácita y por lo tanto constituye una licencia.
Las licencias de “empaquetado” y las EULA **están frecuentemente limitadas a un usuario específico del material**, y no se extienden a las organizaciones a las que el usuario pueda pertenecer. Ambas licencias incluyen términos prefijados y son, casi siempre, no negociables.

Muchos sistemas legales aún no se han ocupado totalmente de los efectos de estos tipos de licencias, mientras tanto, los tribunales en algunos países han determinado que pueden constituir consentimiento válido, dando lugar a contratos vinculantes. En la mayoría de los países, sin embargo, los términos de estos acuerdos están **sometidos a normativas de protección al consumidor** y a otras disposiciones que restringen que los contratos sean leoninos o que contengan cláusulas abusivas

6.5 Contenidos de una Licencia típica: El Ejemplo de una Base de Datos en Línea

Se examinan a continuación los términos de la licencia más detalladamente. Si imaginamos el caso de un bibliotecario negociando los términos de una licencia, por ejemplo, para una base de datos en línea ¿qué aspectos contemplará o debería considerar la licencia?

6.5.1 Identificación de las Partes del Acuerdo

Es importante no solamente identificar las partes de un acuerdo, sino también confirmar que las personas que intervienen en la negociación **realmente tienen autoridad legal para realizar acuerdos en nombre de su organización**. Si una biblioteca es parte de una institución educativa u

obtiene sus fondos de un gobierno local, por ejemplo, no cualquier bibliotecario puede tener esta potestad. Un licenciante podría solicitar una prueba de que la persona que se presenta para negociar en nombre del licenciatario (ej. de la biblioteca), está en realidad autorizada a obligarlo a través de un contrato. Por su parte, el bibliotecario puede querer asegurarse de lo mismo con respecto a la persona que realiza la negociación en nombre del licenciante, y así constatar que éste puede ejercer los derechos del titular. Este punto debe quedar claramente expresado e incluido en el acuerdo.

6.5.2 Definición de los Términos que se emplearán en el Acuerdo

Considerando que las bibliotecas a menudo obtienen licencias de titulares de otros países y de industrias variadas, **puede ocurrir que términos similares tengan diferentes significados para las partes negociadoras**.

Por ejemplo, un término importante en los acuerdos de licencias es el de “incumplimiento de contrato”. Éste se produce cuando una de las partes del acuerdo realiza una acción que permite a la otra parte finalizar la relación contractual. Debido a la importancia y ambigüedad del término, el bibliotecario debería especificar en el acuerdo qué acciones de una de las partes corresponderían a esta figura legal.

Suponga que la biblioteca va a negociar una licencia para acceder a materiales de una base de datos en línea. En este caso, puede ser un incumplimiento contractual el hecho que sea imposible acceder a dicha base de datos por un período largo de tiempo. De igual forma, el personal debería considerar qué fallas potenciales por parte de la biblioteca podrían considerarse como causas legítimas de incumplimiento que pueden dar lugar a la terminación del acuerdo.

6.5.3 Tema del Acuerdo

Las partes intervinientes en un acuerdo deben ser muy específicas respecto de las **obras protegidas sobre las cuales se está concediendo la licencia**.

Si se trata de una base de datos de investigación en línea, por ejemplo, un licenciatario debe asegurarse que la licencia permitirá a los usuarios acceder a los textos completos de los artículos, y no sólo a los resúmenes o extractos. Si el recurso es algo que debería contener una tabla de

contenido, índice o imágenes, el licenciatario debería asegurarse que estos también estén incluidos en la licencia. Si hay imágenes, habría que determinar si pueden ser vistas y/o impresas en blanco y negro o en color.



Imagen de → U.S. Embassy Tel Aviv via Compfight cc

6.5.4 Derechos de uso en el Acuerdo

Los acuerdos de licencia a menudo incluyen cláusulas que reservan al licenciante los derechos exclusivos de todos los usos de las obras protegidas que no están específicamente mencionados en el acuerdo. Un licenciatario debería, por lo tanto, **considerar todos los usos posibles que podría querer de la obra protegida**, antes de la negociación. Estas disposiciones del uso de derechos son la parte más importante del acuerdo de licencia porque controlan **lo que el acuerdo realmente le permite hacer al licenciatario**.

Cuando se trata de un recurso electrónico, algunos derechos de uso básicos incluyen: búsqueda y navegación en la base de datos, ver y descargar material, reenviar artículos a otros, imprimir

materiales e incluir un listado de las obras y posiblemente sus resúmenes en el catálogo propio de la biblioteca. Una biblioteca afiliada a una institución educativa puede querer asegurarse que la licencia permita a los docentes y funcionarios realizar reservas electrónicas de materiales, incluirlos en sets de cursos y distribuirlos y/o exhibir partes del material en conferencias y otras presentaciones orales.

Además, mientras en algunas jurisdicciones está implícita la práctica legal de préstamo de obras a otras bibliotecas o el compartir una cantidad razonable de obras con colegas para propósitos educativos, un licenciatario normalmente no puede compartir las obras protegidas para usos comerciales. Si deseara hacer esto, tendrá que negociar ese derecho e incluirlo en el acuerdo. Si es necesario modificar una obra con el propósito de cumplir con normas locales, una biblioteca debería asegurarse que dicha modificación no entre en conflicto con los derechos morales del autor.

Los licenciatarios deben ser especialmente cuidadosos en un punto final. **Muchos acuerdos de licencias tienen el efecto de reemplazar el conjunto de excepciones y limitaciones** (capítulo 5) correspondiente a las obras referidas en la licencia. De esta forma, el licenciatario no debería suponer que continuará disfrutando los derechos de uso incorporados en esas excepciones y limitaciones. Si el licenciatario desea retenerlos, se debe insistir en la inclusión en el acuerdo, de una cláusula que mantenga esos derechos.

6.5.5 Otras Condiciones sobre los Usos Autorizados

Un licenciante podría querer limitar ciertos usos relativos a la ubicación o frecuencia de acceso. A cambio del derecho a imprimir las obras protegidas en forma ilimitada, por ejemplo, un licenciante podría querer una compensación adicional. En este caso, un licenciatario puede negociar el derecho a cobrar a sus usuarios una tarifa para compensar los costos de copiado o de la impresión. Una biblioteca debería también determinar quiénes serán sus usuarios y desde dónde podrán tener acceso a un recurso determinado. Por ejemplo, la biblioteca podría querer que sus usuarios puedan acceder al material protegido desde cualquier computadora o únicamente desde las que están ubicadas en la biblioteca. También debería decidir si el acceso al material protegido, o algunos usos del mismo, requieren una contraseña o serán accesible al público.

6.5.6 Obligaciones del Licenciante

Las obligaciones del licenciante se refieren a los compromisos que éste tiene con su licenciatario. Esta cláusula **es muy importante cuando se trata de recursos electrónicos.**
Por ejemplo, para un suscriptor de una revista en línea, base de datos o de otros recursos, sería razonable esperar que el material pueda ser accesible casi que las 24 horas del día, todos los días. Si la biblioteca tiene una licencia de software, probablemente considere negociar el derecho a tener una copia de respaldo de ese programa.

En cualquiera de los casos, los acuerdos de licencia para materiales electrónicos generalmente incluyen algún tipo de obligación por parte del licenciante para proveer soporte técnico al licenciatario. Considerando que el licenciante y el personal de soporte técnico pueden estar en otro país, un licenciatario debería asegurarse que ese apoyo técnico estará disponible durante las horas pico de la biblioteca.

En relación a esto, la mayoría de los recursos en línea tienen períodos de inactividad durante los cuales el personal técnico del licenciante actualiza los materiales en línea. Es conveniente que el licenciatario se asegure que esto no se realice normalmente durante las horas pico de la biblioteca. Cuando un servicio en línea u otro recurso electrónico no está disponible por un período de tiempo importante, los acuerdos de licencias generalmente incluyen una **cláusula de multa** que exige al licenciante, reembolsar parcialmente la cuota de suscripción del licenciatario.

Con frecuencia, **los licenciantes están obligados a proporcionar una "auditoría de uso"** a los licenciatarios, en forma periódica. Se trata de un informe que notifica al licenciatario sobre cómo sus usuarios están haciendo uso de la licencia del programa o de la base de datos. Estos informes pueden asistir al personal de biblioteca en las futuras negociaciones sobre licencias, y les permiten determinar mejor qué características y uso de materiales con licencia son considerados más valiosos por parte de los usuarios de la biblioteca. Al realizarse auditorías de uso, las partes podrían incluir reembolsos al licenciatario por períodos de tiempo que el material se utiliza poco, y tarifas adicionales para el licenciante por períodos de uso excesivo.

Por último, un licenciatario debería **asegurarse que la licencia incluye una cláusula de garantía y una cláusula de indemnización**. El efecto de estas cláusulas es que el licenciante garantiza que tiene la capacidad para otorgar los derechos contenidos en la licencia y que acepta la

responsabilidad por cualquier reclamación realizada por personas u organizaciones, en razón a las inconsistencias en la prestación de los servicios.

6.5.7 Términos, Finalización y Renovación de una Licencia

Las partes negociantes deben **especificar la duración deseada de la licencia**. Si la biblioteca quisiera tener acceso a una base de datos a perpetuidad, por ejemplo, debe asegurarse de incluir una cláusula que lo indique en el acuerdo de licencia.

Como se expresó anteriormente, las partes también deben **redactar una lista de las condiciones que conducirían a la terminación de la licencia**. Esto podría requerir que las partes redactaran un acuerdo de finalización del contrato, en el que especifican el procedimiento a seguir en el caso de la terminación, incluidos los costos que cada parte podría cobrar. Si un acuerdo queda finalizado porque el licenciante no pudo ofrecer el material acordado al licenciatario, por ejemplo, las partes redactarán una fórmula para compensar a este último.

Si bien la mayoría de los acuerdos de licencia incluyen una disposición que estipula una renovación automática de la relación de licencia, muchas no garantizan que se mantendrán los mismos términos en el siguiente período de suscripción. Un licenciatario debería asegurarse que, **si los términos de la suscripción del periodo anterior cambian**, la cláusula de renovación incluye una obligación por parte del licenciante a **notificar al licenciatario** sobre dichos cambios, antes de comenzar el nuevo período de suscripción.

Finalmente, **es esencial comentar sobre los derechos de la biblioteca si la licencia no es renovada**. Por ejemplo, si la licencia corresponde a una colección de revistas académicas, ¿la biblioteca continuará teniendo acceso a los ejemplares anteriores, o se interrumpirá el acceso a todas esas revistas? Si ocurre esto último, y el licenciante se rehúsa a ceder en este punto, la biblioteca podría considerar seriamente la adquisición de la versión impresa de las revistas en lugar de (o posiblemente, además de) la suscripción en versión en línea.

6.5.8 Tarifas

Las tarifas por concepto de suscripciones a revistas, bases de datos en línea o de otros recursos se pagan, generalmente, anual o mensualmente. Cuando se otorgan licencias a bibliotecas u otras grandes instituciones educativas, los licenciantes normalmente **consideran el tamaño de la institución, el número de usuarios y el número de páginas que se descargan de Internet** para determinar la tarifa de suscripción apropiada.
Los licenciantes de revistas en línea y bases de datos electrónicas varían ampliamente en cuanto a su flexibilidad para llegar a un acuerdo. Algunos están dispuestos a negociar las tarifas, otros presentan varios ofrecimientos, y otros ofrecen únicamente una sola forma. Una tarifa de suscripción podría incluir el uso ilimitado de los materiales ofrecidos, un uso limitado para un propósito particular, un acuerdo de pago por uso, o una combinación de estos.

El acuerdo de pago por uso podría fijar una tarifa para cada acceso al sitio, cada vez que un usuario busca información, o podría permitir acceso ilimitado pero cobrando a los usuarios o a las instituciones suscritas cada vez que se baja información. Las universidades frecuentemente adquieren lo que se denomina una **licencia de sitio web, que otorga a todos los miembros de la comunidad universitaria acceso al material por una tarifa fija**.

6.6 Gestión Colectiva

6.6.1 Propósito y Funciones de las Organizaciones de Gestión Colectiva

El sistema de licencias individuales detallado en la sección anterior es sencillo: el titular del derecho de autor autoriza el uso de una obra a un licenciatario bajo condiciones específicas. Sin embargo, debido a que la licencia de derecho de autor generalmente incluye obras de amplia distribución, las licencias individuales pueden resultar complicadas y prohibitivamente costosas.
No sería práctico, por ejemplo, para el titular del derecho de autor de una canción popular, intentar responder a las miles de solicitudes de licencia provenientes de estaciones de radio de todo el mundo.

Como resultado, **los titulares generalmente permiten a organizaciones de gestión colectiva** (también conocidas como sociedades de gestión colectiva) **que otorguen licencias**, controlen el uso de material protegido y recauden y compartan en su nombre, las compensaciones procedentes de licenciatarios. **Esto permite a los titulares ejercer sus derechos de la forma más eficaz posible**, ya que otorgan muchas más licencias que en el caso del sistema individual. También se benefician del poder de negociación de una organización que realiza la transacción en nombre del titular y de muchos otros autores y pueden iniciar demandas por concepto de infracciones contra personas u organizaciones que utilicen obras protegidas sin autorización.



Imagen de → Marco Assini [en Flickr]: Playlist negli anni dei Juke box. [Licencia CC-BY-SA-2.0], via Wikimedia Commons.

Los licenciatarios pueden también beneficiarse a través del servicio de las organizaciones de gestión colectiva porque proporcionan a los usuarios un **acceso conveniente a grandes colecciones de materiales**. Una estación de radio que en su programación diaria desee transmitir música de todas partes del mundo, no podría hacerlo si tuviera que buscar y adquirir los derechos de los titulares de derechos de autor y derechos conexos de cada pieza musical, pero puede hacerlo fácilmente a través de un número reducido de organizaciones de gestión colectiva. Sin embargo, los licenciatarios deben considerar que la mayoría de estas organizaciones actúan como agentes para los titulares; su

principal objetivo es maximizar los ingresos de los titulares. No deben considerarse como una especie de árbitros neutrales.

Un titular de derechos de autor que utiliza una organización de gestión colectiva para algunos, pero no todos sus derechos, se compromete a una gestión colectiva parcial. Nuevamente, los derechos exclusivos de un titular significan que puede por sí mismo decidir si autoriza o prohíbe cualquier uso que cubra sus derechos. En principio, esto le da al titular flexibilidad en la decisión, si decide utilizar los servicios de una organización de gestión colectiva, sobre exactamente qué funciones realizará en su nombre. En la práctica, sin embargo, **algunas organizaciones de gestión colectiva exigen al titular participante que ceda a la organización, sus derechos sobre una obra protegida**. En estos casos, los autores no podrán realizar contratos de licencias sobre esas obras con otras personas, excepto a través de dicha organización.

Las organizaciones de gestión colectiva pueden también proporcionar beneficios de bienestar social a sus miembros, además de la retribución por concepto de regalías, como por ejemplo seguros médicos y planes de retiros jubilatorios. Pueden también utilizar parte de la retribución que recaudan como fondos para festivales de teatro, competencias musicales, o la producción o exportación de obras nacionales.

6.6.2 Gestión Colectiva Obligatoria

Los sistemas de gestión colectiva obligatorios aseguran que los beneficios de la gestión colectiva realmente se cumplan. Si una organización de gestión colectiva no tiene los derechos de un número importante de obras dentro de su área específica, entonces no sirve al valioso propósito social de realizar acuerdos de licencias para un número importante de obras en un solo contrato.

Como resultado, **algunos países deciden que la gestión colectiva para ciertos tipos de obras sea obligatoria**. Esto ocurre normalmente cuando su uso está dirigido a un propósito público importante o las obras se emplean principalmente para propósitos que no son comerciales. En tales situaciones, la recaudación por derechos se realiza a través de impuestos al equipo de copiado, o una tarifa predeterminada que abonaran los usuarios (como compañías, bibliotecas o universidades) a las sociedades de gestión colectiva.

Esa recaudación se distribuye posteriormente entre los titulares del derecho de autor, de acuerdo a la frecuencia de uso de la obra. Las organizaciones de gestión colectiva, y las organizaciones de gestión colectiva obligatoria son a veces criticadas por sus complejas normativas y falta de transparencia en la recaudación y distribución de regalías. Las áreas en las que normalmente se realiza la gestión colectiva obligatoria son:

- Derechos conexos en interpretaciones públicas, radiodifusión y transmisión por cable de grabaciones sonoras
- derechos de préstamo público
- derechos de reproducción reprográfica para obras literarias

El segundo y tercero de los mencionados anteriormente resultan especialmente importantes para las bibliotecas. El tema de los **derechos de préstamo público** se abordó en otro capítulo. Como se describió, estos derechos son actualmente reconocidos en muy pocos países fuera de Europa, y **representan un riesgo para el objetivo esencial de las bibliotecas en los países en vías de desarrollo**. La gestión colectiva de esos derechos, en particular si las tarifas por concepto de licencias las paga el gobierno, reduce esos riesgos, pero sería probablemente mejor si los derechos de préstamo público no se extendieran a los países en vías de desarrollo.

Los **derechos de reproducción**, por el contrario, están reconocidos en todos los países. La gestión colectiva de esos derechos pueden resultar beneficiosas, especialmente para las bibliotecas, a quienes les sería difícil negociar licencias individuales para todos los casos en los cuales tuvieran que reproducir materiales de sus colecciones, y no puedan apelar a las excepciones o limitaciones. A las organizaciones que cumplen esta función se las denomina comúnmente Organizaciones de Derechos de Reproducción (RRO – Reproduction Rights Organizations). Sus funciones se presentan en detalle en el siguiente manual: EIFL Handbook on Copyright and Related Issues for Libraries.

Algunos reformadores **han propuesto la utilización de la gestión colectiva obligatoria para la distribución de obras en Internet** a través de las redes entre pares (peer-to-peer Networks), argumentando que este sistema beneficiaría a los usuarios (legalizando la posibilidad de compartir archivos de material protegido – algo ilegal en la mayoría de los países), y a los autores (proporcionándoles una fuente de recaudación confiable).



Imagen de → Photocopy wrong de Domo via Wikimedia Commons.

Una importante y a veces atractiva variante del modelo de gestión colectiva obligatoria se la conoce como **"gestión colectiva extendida"**. Un sistema de este tipo permite a una organización acordar licencias de obras de todos los titulares de cierta clase de obras, si se representa a un amplio porcentaje de miembros de esa clase. Esto generalmente incluye a titulares extranjeros y a quienes no son miembros.

Organizaciones de gestión colectiva a menudo entran en acuerdos con sus organizaciones hermanas de otros países con el fin de representar sus repertorios. A veces, estas organizaciones también están organizadas en redes internacionales. Ejemplos de esto son la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC) y la Federación Internacional de Organizaciones de Reproducción Reprográfica (IFROO). Estas redes normalmente participan activamente en las negociaciones sobre nueva legislación de derechos de autor a nivel nacional e internacional.

6.7 Medidas de Protección Tecnológica

En los últimos años, los titulares de derechos de obras que se distribuyen en formato digital -como el software, grabaciones sonoras digitales, videograbaciones digitales y libros electrónicos- están cada vez más inconformes con los derechos que la legislación sobre derechos de autor les otorga y por ello han buscado mejorarlos a través de las Medidas de Protección Tecnológica (TPM en inglés). Un ejemplo simple de este tipo de medidas es el **control de copia**, una tecnología que a menudo combina hardware y software, para evitar que quien posea la copia de la obra pueda reproducirla.

Una forma más compleja de este tipo de medidas es un control regional – por ejemplo, un mecanismo que limita las partes del mundo en las cuales un DVD puede reproducirse. Y últimamente se han diseñado formas más elaboradas de estas medidas de protección tecnológica.
La invención de estas medidas mejora mucho los derechos de los titulares. Pero pronto, estos descubrieron que **los usuarios empleaban otras tecnologías para burlar las medidas de protección tecnológica**, haciéndolas inútiles. Para reprimir lo que sucedía, recurrieron una vez más al sistema legal.



Imagen de → rebopper via Compfight cc

En el WCT de 1996, los titulares lograron un instrumento importante: la exigencia de que todos los países miembros adoptaran prohibiciones a la elusión de las medidas de protección tecnológica.

Esta exigencia fue reforzada por acuerdos regionales. Por ejemplo, la Directiva de la Sociedad de la Información de la Unión Europea del 2001 y el Acuerdo Bangui revisado (Anexo VII, Titulo I, Parte Cinco), que regula a 15 países francófonos de África, incluyen disposiciones de este tipo. En América Latina es común ver estas disposiciones en los compromisos que se adquieren a través de los TLC con países desarrollados.

Países que están obligados por uno u otro de estos acuerdos han incorporado a sus leyes nacionales, **prohibiciones en contra de la elusión de las medidas de protección tecnológica**. Los términos de estas disposiciones varían considerablemente, especialmente en lo referente a las multas impuestas y a las excepciones que se reconocen. Colombia por ejemplo incluyó en su legislación penal como delito la elusión de medidas tecnológicas desde 2000 y en 2006 las penas se incrementaron de modo que actualmente una acción de este tipo supone arriesgarse a una pena de prisión de 4 a 8 años.
Actualmente, **26 países tienen disposiciones que específicamente eximen a las bibliotecas** de responsabilidad por la elusión de estas medidas en circunstancias específicas. En otros países, los bibliotecarios están obligados a confiar en exenciones más generales, o simplemente, a confiar en la tolerancia de los titulares que no hacen uso de las acciones legales cuando una biblioteca elude una medida tecnológica de protección para, por ejemplo, **hacer la copia de preservación a la que tienen derecho**.

Las medidas de protección tecnológica y las normativas para reforzarlas tienen muchas **desventajas** desde el punto de vista de las bibliotecas y de la sociedad en general:

- **Evitan la realización de muchas actividades que las legislaciones sobre derecho de autor permiten.** Como resultado, hacen fracasar políticas sociales importantes amparadas por las excepciones y limitaciones presentadas en el capítulo 5.
- Debido a que las medidas de protección tecnológica son generalmente de uso privado, **impiden la interoperabilidad** de obras creativas y productos electrónicos de consumo que se obtienen de distintas fuentes.
- **Cuando las tecnologías en las cuales se basan, se vuelven obsoletas, frustran el acceso** de los usuarios a las obras protegidas.

Para un tratamiento más extenso de las medidas de protección tecnológica y los riesgos para las bibliotecas, ver el manual de EIFL.

6.8 Obras Huérfanas

A veces un licenciatario desea obtener una licencia para una obra en particular, pero **no puede localizar al titular del derecho de autor**. Esto puede ocurrir por varias razones: (a) el nombre del autor no aparece en la obra, (b) la obra se ha publicado en forma anónima, (c) el autor puede haber fallecido y no se sabe quién es la persona que heredó sus derechos o (d) el autor puede haber cedido sus derechos al editor, quien se retiró del negocio sin un sucesor. En tales casos, se dice que se trata de una **obra huérfana**.

Un número reducido de países han implementado **sistemas que hacen posible la utilización de obras huérfanas**. Por ejemplo, en Canadá, quienes deseen usar obras de esta naturaleza, tienen que solicitar una licencia al Comité de Derechos de Autor.

Los solicitantes deben primero **demostrar que se hizo un esfuerzo razonable para localizar al titular y que éste fue infructuoso**. Si la obra fue publicada previamente, el Comité de Derechos de Autor otorgará al solicitante una licencia de no exclusividad (con vigencia únicamente en Canadá), para utilizar la obra. La licencia está limitada a tipos de usos específicos, y requiere que el solicitante realice el pago de una cuota asignada por concepto de regalías. Este pago puede ser reclamado por el titular del derecho de autor, dentro del plazo de 5 años después de la transacción, en el caso de que éste aparezca.

Los países nórdicos de Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia también han promulgado normas que regulan las licencias de obras huérfanas. En Dinamarca, por ejemplo, se realiza a través de una organización de gestión colectiva. La ley de Derechos de Autor en Dinamarca estipula que un interesado en el uso de una obra huérfana puede arreglar el pago con una organización de gestión de derechos, con la condición que la organización represente a un “número importante” de titulares de derechos de autor daneses. Los pagos que se efectúan a estas organizaciones pueden ser reclamados por el titular, en un plazo de cinco años. Las regalías no reclamadas referidas a obras huérfanas, se donan a programas de obras públicas.



Imagen de → Our Man in Tirana Bajo licencia CC-NY-SA 3.0

Japón es otro país que implementa un régimen de licencia para el uso de obras huérfanas, incorporando un sistema de licencia obligatoria para este tipo de obras, codificadas en la Sección 8, Artículo 67 de su legislación sobre Derechos de Autor. Japón exige que un usuario eventual realice las "debidas etapas" para intentar localizar al titular, pero no explica cuáles son las "debidas etapas". Al igual que Canadá, Japón requiere que la obra haya sido previamente publicada y permite al gobierno otorgar una licencia al usuario mediante el pago de regalías. Lo recaudado forma parte de un fondo que pueden recibir los titulares como compensación si posteriormente descubren y objetan ese uso. Es de destacar que el titular puede solicitar al gobierno un aumento en la tarifa por concepto de derecho de autor, dentro de los tres meses de haber sido otorgada, si se entera de este uso y considera que el monto no le satisface.

Otros países no tienen actualmente disposiciones legales que traten el tema de obras huérfanas pero podrían promulgarlas en un futuro próximo. En Estados Unidos se presentó en el Congreso una propuesta que limitaba los recursos referidos a demandas civiles sobre el uso de obras protegidas

siempre que: (1) el usuario hubiera hecho esfuerzos razonables, pero infructuosos, para localizar e identificar al titular, y (2) la obra fuera atribuida al titular (si se identifica pero no se localiza). La propuesta fue muy criticada por muchos académicos y los representantes de fotógrafos se opusieron a ella.



Imagen de → Dvortygirl CC Attribution-Share Alike 3.0 via Wikimedia Commons

En abril del 2008, el Grupo de Expertos de Alto Nivel de la Comisión Europea publicó un informe sobre conservación digital, obras huérfanas y fuera de impresión, que recomendaba medidas para establecer sistemas de licencia en los estados miembros de la Unión Europea como una forma de manejar las obras huérfanas. Al mismo tiempo, un gran número de titulares de derechos y representantes de bibliotecas y archivos firmaron un Memorándum de Entendimiento sobre obras huérfanas que expresaba el compromiso de estas organizaciones para facilitar y fomentar el otorgamiento de licencias para obras huérfanas para ciertos propósitos. Este Memorándum no es una norma legal y, por lo tanto, no es obligatorio.

Los bibliotecarios, en la mayoría de los países que actualmente carecen de un sistema para el tratamiento de obras huérfanas, presentan un marcado interés en colaborar con otros interesados en crear un sistema que lo haga. Esto es particularmente evidente en **bibliotecarios que desean iniciar proyectos de digitalización para la conservación y distribución de obras antiguas** que no están en formato digital y se encuentran en proceso de deterioro.

Aunque las excepciones y limitaciones presentadas en el capítulo 5 podrían permitir a las bibliotecas realizar los mencionados proyectos de digitalización, por motivos específicamente de conservación, generalmente no les permiten que las obras digitalizadas sean accesibles al público. Debido a esto, las bibliotecas normalmente necesitan licencias, que son imposibles de obtener cuando se trata de obras huérfanas. Es esencial encontrar una solución justa y factible.

6.9 De regreso al estudio de caso

Nadia y Ángela han identificado las obras que Ángela desea utilizar, que tienen derecho de autor y no están en el dominio público. Necesitan el permiso de los titulares para el uso que no está cubierto por las excepciones y limitaciones. En primer lugar, **tienen que identificar a los titulares**.
Los autores originales pueden haber acordado licencias o cedido sus derechos a un editor o a una sociedad de gestión colectiva, o la obra podría ser un obra para rentar. Por las razones antes señaladas, los derechos de otras personas pueden estar involucrados, tales como intérpretes musicales o personas que aparecen en fotografías (protegidas contra ciertos usos de su imagen), además del fotógrafo o la entidad que posee los derechos de autor.

Cuando no es posible obtener la información de contacto del titular de la obra, podría existir la **posibilidad de localizarlo a través de oficinas nacionales de derechos de autor u organizaciones de gestión colectiva**. Una vez que los titulares sean identificados y localizados, Nadia y Ángela solicitarán el permiso para el uso de las obras. Si bien un primer contacto por correo electrónico o teléfono puede resultar de utilidad para explicar el uso que estén considerando, es probable que les pidan una solicitud escrita que describa exactamente la obra protegida (título, autor, titular de los derechos, URL), el propósito del uso (una descripción de la utilización en el set para el curso), y las condiciones del permiso (a través de una pequeña cuota, gratuitamente, etc.). Si se deciden por una licencia amplia para una base de datos que contenga las obras consideradas, deben ser cuidadosas al evaluar los lineamientos de la negociación para tales licencias que se

presentan en este capítulo.

Finalmente, si no les fuera posible identificar a los titulares de los derechos de autor para algunos de los materiales, deberían consultar la legislación sobre derechos de autor en su país para comprobar si contiene alguna disposición referida a "obras huérfanas".

6.10 Recursos Adicionales

Bibliográficos:

- Una visión resumida de sistemas colectivos de licencia por WIPO puede verse en "Collective Management of Copyrights and Related Rights".
- Un análisis mucho más profundo de organizaciones de gestión colectiva de derechos voluntarios puede verse en la obra de Robert Merges, "Contracting Into Liability Rules:Intellectual Property Rights and Collective Rights Organizations", 84 Calif. L. Rev.1293 (1996).
- Un examen exhaustivo de organizaciones de gestión colectiva en Europa puede encontrarse en KEA Study- Collective Management of Rights in Europe: A Quest for Efficiency (2006).
- Puntos de vista favorables de licencias de gestión colectiva obligatorias, en especial como una solución al problema de obras protegidas en el sistema de redes entre pares, puede encontrarse en la obra de Neil Netanel "Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing", 17 Harvard Journal of Law & Technology 1 (2003), y William Fisher, "Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment" (2004). Un enfoque mucho más escéptico lo expresa Robert Merges en "Compulsory licensing vs. the Three "Golden Oldies" Property Rights, Contracts, and Markets" (Cato Policy Analysis No. 508, Jan. 15, 2004).
- Un análisis serio de las ventajas y desventajas de los sistemas de gestión colectiva en Japón, puede verse en la obra de Salil K. Mehra, "The iPod Tax: Why the Digital Copyright System of American Law Professors' Dreams Failed in Japan", 79 U. Colo. L. Rev. 421 (2008).
- Una guía esencial para bibliotecarios interesados en este tema es la obra de Emanuella Giavarra , "Licensing Digital Resources: How to Avoid the Legal Pitfalls".

Casos:

Las siguientes opiniones judiciales exploran y aplican algunos de los principios presentados en este capítulo:

- UK: Grisbrook v. MGN Limited, High Court Chancery Division (High Court Chancery Division) (Licencias Implícitas)-
- Case C-169/05, Uradex SCRL v. Union Professionnelle de la Radio and de la Télédistribution (RTD) and Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision (BRUTELE) (Sociedades de Gestión Colectiva. Derechos Conexos).
- France: Decision of the French Constitutional Council no. 2006-540 DC of 27 July 2006 (Gestión de Derechos Digitales).
- Davidson v. Jung, 422 F.3d 630 (8th Cir. 2005) (Medidas de Protección Tecnológica).
- UK: Gilham v. R, Court of Appeal of England and Wales (Court of Appeal of England and Wales), 2009 (Medidas de Protección Tecnológica).
- Case C-275/06, Productores de Música de España (Promusicae) v. Telefónica de España SAU (Obligaciones de los proveedores de servicios).

Capítulo 7 - Licenciamiento Creative Commons y el movimiento del Acceso Abierto



7.1 Objetivo del capítulo

La gestión tradicional de derechos de autor por lo general involucra un otorgamiento exclusivo de todos los derechos asociados con el derecho de autor, del autor al editor, por ejemplo. El editor entonces realiza copias y las distribuye al público por un precio.

En cambio, los modelos conocidos como de acceso libre o abierto, difunden las obras sin ningún costo para el usuario. Este capítulo describe estos enfoques alternativos, concentrándonos en las **licencias de Software Libre y licencias Creative Commons**. Ofreceremos también una visión general de los movimientos de **Acceso Abierto** (Open Access u OA en inglés) para las publicaciones científicas y de **Recursos Educativos Abiertos** (Open Educational Resources u OER en inglés).

7.2 El Bien Común Físico vs. Digital



Imagen de → Economía del Bien Común Madrid en Licencia CC BY-SA 2.0 en Flickr.

Los objetos físicos son por lo general escasos y generan competencia. Eso significa que hay un número limitado de tales objetos y que su uso, disminuye la cantidad total que puede consumirse. Por ejemplo una manzana puede ser ingerida por una sola persona y al hacerlo, un número menor de manzanas está disponible para el consumo de otras personas.

En cambio, los productos intelectuales regulados por la legislación de derecho de autor, habitualmente no generan competencia. Una novela por ejemplo, puede ser leída y disfrutada por un número ilimitado de personas.

La tecnología digital ha reducido bruscamente los costos de realizar copias materiales de los productos intelectuales y de esa forma ha destacado el carácter no competitivo de esos productos. Para continuar con el ejemplo, si la novela se encuentra en un formato electrónico, un número ilimitado de copias pueden realizarse y distribuirse a bajo costo. La amplia distribución de productos intelectuales es beneficiosa para la sociedad. Si esa distribución generalizada puede

llevarse a cabo a precios reducidos, ¿por qué la ley no lo permite? Como vimos en otros capítulos, la respuesta convencional es que la prohibición para realizar copias es necesaria y así en primera instancia, se requiere para preservar los incentivos para que los novelistas escriban novelas.

En un creciente número de contextos, los reformistas están desafiando esta respuesta. Los autores de las obras -o algunos tipos de obras-, **puede que no necesiten todos los derechos que les brinda la legislación de derecho de autor para estar motivados a producir obras creativas.** En tales escenarios, la legislación de derecho de autor puede hacer más daño que bien. Para lidiar con este tipo de situaciones, los reformistas han desarrollado varios sistemas que faciliten una difusión más amplia de los usos de las obras creativas que los que contempla el sistema de derecho de autor. Este capítulo describe esos sistemas.

7.3 Licencias de Software Libre

La mayoría de los programas de software se distribuyen bajo rigurosos términos de uso. Es más, su código fuente -el código que permite que funcione el programa-, es cerrado. Como resultado, los programadores no pueden estudiar el código para entender cómo funciona, para solucionar errores o para adaptarlo a sus necesidades.



Imagen de → Martin Bekkelund via Flickr cc

Un enfoque radicalmente diferente del software fue desarrollado en primera instancia por Richard Stallman cuando era investigador en el Massachusetts Institute of Technology. Stallman se indignaba cuando no podía modificar el software de una impresora en su oficina que no estaba funcionando adecuadamente. Motivado por esto y otras experiencias, Stallman creó la Licencia General Pública GNU-GPL, que significa GNU no es Unix (Gnu is Not Unix-General Public Licence). Unix es el nombre de un popular sistema operativo "cerrado". Más específicamente, **la GNU-GPL permite a los usuarios ejecutar, copiar, distribuir, estudiar, cambiar y mejorar el software a lo que se aplica**. Más específicamente, la Licencia General Pública GNU le otorga a los usuarios cuatro tipos de libertades:

- Libertad 0. La libertad de usar el programa para cualquier propósito.
- Libertad 1. La libertad de estudiar cómo funciona el programa y adaptarlo a tus necesidades. El acceso al código fuente es un prerrequisito para esto.
- Libertad 2. La libertad de redistribuir copias del programa y así ayudar al prójimo.
- Libertad 3. La libertad de mejorar el programa y dar a conocer sus mejoras al público (y las versiones modificadas en general), para el beneficio de toda la comunidad. El acceso al código fuente es un prerrequisito para esto y las modificaciones deben ser compartidas con el mismo grado de libertad.

¿En qué sentido, exactamente, se otorga en estos términos el acuerdo de licencia en forma "libre"? Stallman sugiere que la claridad analítica podría mejorarse ya que en inglés la palabra "free" admite un doble significado, **"free"** significa **"libre"** y también significa "gratis". Según Stallman **el software libre es un asunto relacionado con la libertad no con el precio**. Para entender el concepto, debes pensar en "libertad de expresión" no en "cerveza gratis". ("Free software is a matter of liberty, not price. To understand the concept, you should think of free as in free speech, not as in free beer"). Algunos especialistas distinguen estos conceptos al usar el término francés libre (queriendo significar libertad) y gratis (que significa a ningún costo). Confiando en esta distinción, Stallman argumentaba que el software libre era "libre" en el primer sentido pero no necesariamente en el segundo. En otras palabras, algún "software libre" se vende por una tarifa. En la práctica, la mayoría del software libre es "libre" en las dos acepciones, en otras palabras, es a la vez libre y gratis.

Existen muchos incentivos que llevan a la creación de software libre. Un desarrollador de software

puede hacerlo por entretenimiento. Puede ser llevado por el deseo de contribuir al dominio público. Puede querer forjarse una reputación como programador. Puede distribuir gratuitamente el software pero cobrar a los usuarios para adaptarlo a sus necesidades. Los economistas continúan discutiendo si diferentes incentivos de este tipo son suficientes para sustentar un negocio viable. Mientras tanto, los negocios que se basan en este enfoque son florecientes.

7.4 Creative Commons

7.4.1 Introducción



Imagen de → Kalexanderson via Flickr cc

Creative Commons (CC, traducción literal al español: Comunes Creativos) es una organización sin fines de lucro creada en Estados Unidos en 2001 por un grupo de académicos y activistas, entre ellos Lawrence Lessig y Hal Abelson, con el apoyo del Center for the Public Domain (Centro Pro-Dominio Público). Actualmente cuenta con una red mundial de capítulos locales afiliados en más de 70 países.

Creative Commons ha desarrollado una serie de licencias que brindan a los creadores o titulares de derechos de autor de obras o contenidos, un mecanismo legal y conveniente para autorizar a priori usos específicos de esas obras o contenidos a terceros. **Las licencias de Creative Commons no sustituyen el Derecho de Autor sino que se basan en él y lo complementan.** Su objetivo primordial es contribuir a alcanzar el potencial que la Internet representa como medio para lograr el acceso universal al conocimiento y la participación e intercambio cultural.

7.4.2 Licencias

Creative Commons (CC) ha desarrollado 6 licencias, de aplicación legal internacional, entre las cuáles los creadores o titulares de derechos de autor pueden autorizar usos específicos de sus obras mientras mantienen el control sobre otros. La selección se realiza en línea mediante un procedimiento sencillo.

Las licencias CC son una combinación de uno, dos o tres de los siguientes cuatro elementos:

1. Reconocimiento (BY) [también conocido como “Atribución”]: El propietario de los derechos de autor permite que otros usen su obra mientras se cite la autoría de la obra en la forma que se solicita. Esta condición es requerida para todas las licencias CC.

2. No Comercial (NC): El propietario de los derechos de autor permite que otros utilicen su obra únicamente para fines no comerciales. Esto no significa que las obras no puedan usarse con fines comerciales, pero para ello se debe obtener una licencia por separado del titular de los derechos de autor, que permita el uso comercial de la obra.

3. No Obras Derivadas (ND): El titular de los derechos de autor permite a otros copiar, exhibir, compartir y ejecutar únicamente copias textuales de la obra pero no permite la creación de obras derivadas basadas en ella. El derecho de hacer adaptaciones puede acordarse a través de una licencia separada.

4. Compartir Igual o bajo la misma licencia (SA): El titular de los derechos de autor permite que otros hagan obras derivadas de su obra original pero las obras derivadas deben distribuirse bajo los mismos términos de la licencia que regula la obra original o con una licencia que sea compatible

con esos términos. SA se utiliza para evitar que la gente tome algo del bien común y ejerza control sobre ello usando una licencia más restrictiva.

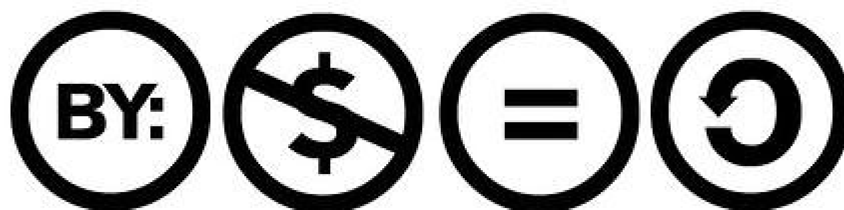


Imagen de → Iconos bajo de Creative Commons compartidos bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International license.

Por razones obvias, las disposiciones "No Obras Derivadas" y "Compartir Igual o bajo la misma licencia" no son compatibles y no se encuentran en la misma licencia (si no se pueden generar obras derivadas, no hay nada nuevo que "compartir").

Todas las licencias CC son de carácter no exclusivo. En otras palabras, los propietarios de los derechos de autor que tengan una obra licenciada con una licencia CC, son libres de licenciar esa misma obra bajo otros términos con determinados usuarios. Por ejemplo, es posible para los titulares del derecho de autor de una obra que no permite usos comerciales bajo la licencia CC, licenciar esa obra para uso comercial si así lo desea. De esta forma, un compositor puede liberar su música para usos no comerciales en Internet y aún cobrarle a una compañía por usar su obra con un fin comercial.

Las licencias CC no tratan los derechos morales del autor. Por lo tanto, una obra que esté protegida por la licencia CC más liberal, **puede aún estar sujeta a ciertas restricciones** de uso, de acuerdo con las provisiones de derecho de autor que tenga su país **concerniente a los derechos morales**. No obstante, originalmente las licencias se portaban y adaptaban a cada una de las legislaciones.
Creative Commons, al igual que el régimen de derecho de autor en su totalidad, no cuenta con un sistema de registro; meramente les brinda información a los titulares de derechos de autor que desean licenciar sus trabajos en formas no tradicionales.

El sitio web de Creative Commons brinda como herramienta de apoyo un simple cuestionario, que no constituye en un requisito obligatorio para adoptar alguna licencia CC, más puede facilitar a los creadores identificar cuál o cuáles usos desean permitir sobre sus obras. Luego les indica la licencia adecuada a elegir de acuerdo a esta información. Una vez que se ha seleccionado una licencia, ésta se puede adjuntar a la obra, advirtiendo así a los usuarios sobre lo que pueden y no puede hacer.

En la actualidad, las licencias Creative Commons se han traducido y adaptado ("portado") a las leyes de más 60 países. No obstante en la versión 4.0, en busca de una mayor internacionalización, las licencias están listas para usar y no requieren del proceso de adaptación local.

En el siguiente video se explica cómo reconocer y utilizar las distintas licencias Creative Commons: https://www.youtube.com/watch?feature=player_embedded&v=6NvsPRqxweA

Para ampliar información sobre este tema puede consultar esta Guía de Usuario y también esta Guía de Bolsillo.

7.4.3 Formatos de las licencias

Cada una de las licencias CC está disponible en tres formatos o capas. Para explicar este tema qué mejor que acudir directamente a la explicación de Creative Commons:

> “Las licencias públicas de derechos de autor incorporan un exclusivo e innovador diseño de "tres capas". Cada licencia comienza como un instrumento legal tradicional, en el tipo de lenguaje y formato de texto conocidos por los abogados. A esto lo llamamos la capa de Código Legal de cada licencia”.

Pero debido a que la mayoría de los creadores, educadores y científicos no son abogados, también están disponibles las licencias en un formato en que las personas normales puedan entender: el resumen de la licencia o "Commons Deed" (también conocido como la versión "legible por humanos" de la licencia). Se trata de una referencia práctica para licenciantes y licenciatarios, que resume y expresa algunos de los términos y condiciones más importantes. Es posible pensar en el Commons Deed como una interfaz amistosa para el Código Legal que está debajo, aunque el resumen en sí mismo no es una licencia y su contenido no es parte del Código Legal.

La capa final de la licencia reconoce que el software, desde los motores de búsqueda pasando por la ofimática hasta llegar a un programa editor, juega un papel importante en la creación, copiado, difusión y distribución de obras. A fin de facilitar que la web sepa dónde hay obras disponibles bajo licencias Creative Commons, se ha entregado una versión "legible por máquinas" de la licencia: un resumen de los derechos y obligaciones clave, escritos en un formato tal que los sistemas

informáticos, motores de búsqueda y otras formas de tecnología pueden entender. Para lograr esto, se ha desarrollado un modo estandarizado de describir las licencias que el software puede entender denominado CC Rights Expression Language (CC REL).

Buscar por contenido abierto es una importante función habilitada por Creative Commons. Se puede usar Google para buscar contenido con este tipo de licenciamiento, buscar imágenes en Flickr, música en Jamendo, y así otros formatos de contenido. Wikimedia Commons, el repositorio multimedia de Wikipedia, es uno de los principales usuarios de estas licencias.

En conjunto, estas tres capas de las licencias garantizan que el espectro de derechos no sea sólo un concepto jurídico. **Es algo que los creadores de las obras pueden entender, sus usuarios pueden entender, e incluso la propia web puede entender.**

7.4.4 Alcance de las licencias

Una licencia CC puede aplicarse únicamente a las obras o contenidos sobre los cuáles se es titular. No puede aplicarse a obras o contenidos que se han adquirido de otras fuentes y de los cuales no se es titular de los derechos.

Supongamos que un profesor prepara una presentación en PowerPoint, la cual piensa usar para la enseñanza en clase. Él descarga algunas imágenes de Internet para ilustrar sus argumentos y las inserta en su presentación, creyendo, plausiblemente, que el uso de fotografía para la enseñanza cae dentro de algunas de las excepciones y limitaciones contenidas en la legislación de derecho de autor de su país. Él adjunta una licencia CC de “Reconocimiento” (CC-BY) para cada una de sus diapositivas. En otras palabras, le otorga a cualquiera, el permiso de usar sus diapositivas para cualquier fin en tanto que le de crédito como autor. Uno de sus alumnos obtiene una copia digital de la presentación y la envía a un amigo que trabaja para una compañía con fines de lucro. El amigo encuentra útiles las transparencias y distribuye copias de ellas en un evento comercial de ventas. Muy probablemente, el amigo habrá violado la legislación de derecho de autor del país. ¿Por qué? Porque la licencia Creative Commons no se aplica a las fotos (puesto que no eran propiedad del profesor) y su reproducción para fines comerciales probablemente no cae dentro de las excepciones y limitaciones.

La información detallada sobre las licencias y el trabajo de Creative Commons puede encontrarse aquí (en inglés).

O en las páginas web de diferentes capítulos afiliados en países latinoamericanos:

- Argentina
- Brasil
- Chile
- Colombia
- Guatemala
- México
- Paraguay
- Uruguay

7.5 Otros proyectos Creative Commons



Imagen de → Giuli-O via Flickr cc

7.5.1 Bienes comunes creativos en educación, cultura, gobierno y ciencia

En sentido amplio, Creative Commons trabaja en más de 70 países, a través de ejes transversales, en temas como cultura, educación, ciencia y gobierno. Aquí se puede conocer más al respecto.

7.5.2 Nuevos Protocolos en Bienes Comunes Creativos

Además de las seis licencias, Creative Commons ha desarrollado recientemente dos nuevos protocolos: CC+, CC0 y la Etiqueta de Dominio Público.

- CC+ (CC "Plus") no es una licencia sino una tecnología que ofrece a los usuarios otros derechos que no otorga la licencia CC, por ejemplo, derechos comerciales u otras garantías adicionales.
- CC0 (CC "Zero") es una renuncia de los derechos de autor, derechos conexos y relacionados, y de derechos sui generis. Una CC0 por lo tanto permite a los autores colocar sus obras en el dominio público. CC0 es a veces conocido como la opción "ningún derecho reservado". Bajo las leyes de ciertos países sin embargo, no es posible que un autor otorgue una exención en blanco a los derechos morales sobre su obra. Tampoco puede un autor dar una exención de derechos que otros puedan tener en relación al uso de una obra (por ejemplo, los derechos de imagen que la persona que aparece en una fotografía puede tener

Una posible implementación para un modelo de bibliotecas digitales sería el de proponer una combinación de:

- Licencias CC para obras creadas por bibliotecarios: abstracts, comentarios, fotografías, mapas, otros elementos sujetos a derechos de autor con una estructura editorial;
- Licencias CC para obras creadas por los usuarios: comentarios, abstracts, críticas, participación en blogs;
- Licencias CC0 para bases de datos de obras en el dominio público a las cuales las bibliotecas les hayan agregado materiales potencialmente sujetos a derecho de autor.

A través de CC Savvy se le pregunta a los bibliotecarios qué licencia CC elegirían para su biblioteca y o sus propias obras. Se otra herramienta útil para bibliotecarios y público general de América Latina a la cual se puede acceder aquí.

7.6 Implicancias para Autores y Usuarios



Imagen de → opensourceway via Flickr cc

Los autores que consideren solicitar licencias Creative Commons para sus creaciones, deberían considerar lo siguiente:

Las licencias están basadas en el derecho de autor y por ello, **se aplican únicamente a obras protegidas por los derechos de autor**.

En muchos países, las sociedades de gestión colectiva requieren que sus miembros asignen todos sus derechos presentes y futuros de las obras, a las sociedades. Por ello, los miembros no pueden usar licencias CC, incluso para algunos de sus obras o algunos de sus derechos. Aquí se encuentra una guía que ofrece Creative Commons al respecto.

Muchos autores no entienden por qué los dos sistemas son incompatibles, especialmente en la

industria musical. Ellos quisieran licenciar sus derechos no comerciales en forma gratuita bajo una licencia Creative Commons, y asignar la administración de sus derechos comerciales a una sociedad de gestión colectiva. Este modelo es posible para algunas sociedades de gestión colectiva en algunos países, tales como los EE. UU., los Países Bajos, Francia, o Dinamarca. Pero otras sociedades de gestión colectiva no utilizan las mismas categorías legales como Creative Commons. Por ejemplo, pueden no reconocer la distinción entre usos comerciales y no comerciales. En esos países, los autores son obligados a elegir entre uno u otro sistema.

El personal de Creative Commons y sus afiliados internacionales han estado trabajando con las sociedades de gestión colectiva para resolver estas incompatibilidades. **Lamentablemente, algunas sociedades de gestión colectiva y otros interesados en el derecho de autor, son escépticos de las licencias Creative Commons** y por lo tanto reacios a un avance al respecto. Sus críticas del modelo propuesto por Creative Commons incluyen:

- **Creative Commons no ofrece a los autores formas para recaudar dinero**; los autores deben por ello organizar por sí mismos, una forma de cobro por las actividades que caen fuera de los términos de la licencia Creative Commons.
- **Creative Commons no rastrea las infracciones** y no está autorizado a representar a los licenciantes en litigios o ayudarlos a aplicar las licencias.
- **Las licencias Creative Commons son no revocables** y el otorgamiento de la licencia es perpetuo. Los autores que emplean las licencias CC no pueden por ello luego cambiar su opinión. **Pueden por supuesto, cesar la distribución de las obras o distribuirlas bajo condiciones diferentes**, pero esto no afectará los derechos asociados a las copias que ya se encuentran en circulación.
- **Determinar qué constituye o no un uso comercial es una cuestión difícil**, y las respuestas pueden variar entre los individuos y las comunidades de usuarios.
- **Es cuestionable si las licencias para jurisdicciones específicas, que han sido adaptadas para los sistemas legales nacionales, son compatibles unas con otras**. Por ejemplo, algunas versiones de las licencias CC incluyen derechos morales o derechos de las bases de datos, otras no.

7.7 El Movimiento de Acceso Abierto (Open Access)



Imagen de → PLoS via Wikimedia Commons cc

El movimiento de Acceso Abierto (en inglés Open Access (OA)), **busca incrementar la disponibilidad y el acceso público a los trabajos académicos revisados por pares**. El movimiento reclama que los autores de artículos académicos deberían brindar acceso gratuito a sus investigaciones en beneficio de la ciencia y el público en general. Además de los artículos científicos revisados por pares, ahora, se incluyen también otros tipos de contenidos académicos como tesis, conferencias, memorias de coloquios, monografías, presentaciones y capítulos de libros.

En el siguiente video se explica qué es Acceso Abierto: https://www.youtube.com/watch?feature=player_embedded&v=C1yAz6iweV8

La definición de Acceso Abierto más utilizada se conoce como la definición BBB (que representa lo expresado en las definiciones propuestas en tres importantes eventos de acceso abierto: Budapest en 2002, Bethesda en 2003 y Berlín en 2003). En términos concretos, de acuerdo a estas definiciones, el Acceso Abierto busca eliminar las barreras económicas y de permisos requeridos para el uso de los contenidos académicos. Las tres definiciones coinciden en los **tipos de uso que son obligatorios para ser considerados como contenidos de Acceso Abierto: (1) copia, (2) redistribución, y (3) impresión.** Sin embargo, dejan a criterio del titular de los derechos de autor el permitir otros tipos de uso como las obras derivadas y el uso comercial.

Hay dos tipos de Acceso Abierto: Verde y Dorado. **El Acceso Abierto Verde (en inglés, Green OA), se refiere a la práctica del autoarchivo en repositorios.** Es decir, el autor deposita sus artículos (y demás contenidos) en repositorios digitales institucionales de acceso abierto donde pueden ser consultados de forma libre por cualquiera. **El Acceso Abierto Dorado (en inglés, Gold OA) se refiere a la publicación en revistas de artículos académicos revisados por pares de acceso abierto** (en inglés, OA Journals). Las revistas de acceso abierto son en formato digital y su contenido también es de acceso libre para cualquiera.

Algunas revistas académicas que no son de Acceso Abierto autorizan a los autores que publican sus artículos archivar versiones digitales de estos en repositorios institucionales de acceso abierto. En la página web de SHERPA RoMEO se pueden consultar las políticas sobre acceso abierto de la mayoría de editoriales. En ocasiones esto se hace por política de la universidad y se establece un acuerdo con los editores ya sea de forma institucional o de forma individual.

Así como las Universidades, las instituciones que financian las investigaciones pueden facilitar o exigir el uso de una o más de estas estrategias **fomentando o solicitando a los beneficiarios del financiamiento que hagan disponible al público los resultados de su investigación**. Actualmente, El National Institute of Health (en español, Instituto Nacional de la Salud) en los Estados Unidos, el European Research Council (en español, Consejo de Investigación Europeo) y el Wellcome Trust (en español, Fideicomiso Wellcome) en el Reino Unido, exigen a sus becarios que sus trabajos estén disponibles al público de forma abierta. En el caso de las Universidades, la Universidad de Harvard ha marcado el camino en este sentido. A partir de 2008, algunos institutos dentro de Harvard han solicitado a los integrantes de su cuerpo académico, proporcionar a la Universidad una licencia internacional, no exclusiva e irrevocable, para distribuir sus trabajos universitarios para usos no comerciales. Sin embargo, los académicos pueden anular esta norma general obteniendo una exención para un determinado artículo. En abril del año 2012 el Consejo Asesor de la Biblioteca de la Universidad de Harvard informa que es económicamente insostenible para la universidad seguir pagando las tarifas exorbitantes por concepto de acceso a las revistas académicas arbitradas y que irá a la quiebra de mantenerse esta situación.

En julio del año 2012 la Unión Europea comunica que toda las investigaciones financiadas con fondos públicos (unos 87 mil millones de euros anuales) deberán publicarse en abierto. Para esto plantea un proceso gradual que prevé que la totalidad de las publicaciones serán accesibles entre el 2014 y el 2020.

7.7 ¿Cuál es la situación del Acceso Abierto en América Latina?

Según Sandra Miguel et al, 2013, encontramos el siguiente panorama en la región:

- **Vía verde:** Según los datos recogidos por el Directory of Open Access Repositories (OpenDoar), América Latina es la cuarta región del mundo con menor porcentaje de repositorios institucionales. Su participación en el total de los repositorios institucionales alcanza al 8%, frente a un 47% de Europa, un 21% de EE.UU y un 17% de Asia.
- **Vía dorada:** De acuerdo con el informe elaborado por el Portal de Acceso Abierto Global de la Unesco (Global Open Access Portal (GOAP)) el 18% de las revistas incluidas en el Directory of Open Access Journals (DOAJ) son latinoamericanas y destaca varios proyectos pioneros que han contribuido notablemente al desarrollo del OA en la región. Entre ellos podemos nombrar: la BVS- Biblioteca Virtual en Salud, la Red de Bibliotecas Virtuales: CLACSO y los portales de revistas Scientific Electronic Library Online (SciELO) y Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal (RedALyC).
- **No se tienen aún certezas acerca de cuál de las dos alternativas:** vía verde o vía dorada alcanzará mayor desarrollo en un futuro próximo en América Latina. Aunque algunos autores señalan que la vía verde es la única alternativa para alcanzar el 100% del OA, debido a que no implica una reestructuración total del sistema de edición científica.

En todo caso, se espera que en América Latina se de un importante impulso a la ruta verde con el desarrollo de LA Referencia. Se trata de un repositorio federado de la producción científica en América Latina cuyo acuerdo de constitución nació en noviembre de 2012 con el impulso de 9 países de la región (Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Perú, México, El Salvador y Venezuela). Los gobiernos de los países que se han unido a esta Red se comprometen a crear un repositorio nacional que cosechará los artículos publicados en revistas que tengan evaluación por pares y las tesis de postgrado producidas en su país. Usando una estrategia de acceso abierto en ruta verde este material estará a disposición de cualquiera por Internet. En desarrollo de esta iniciativa países como Perú y Argentina ya tienen leyes para el impulso del acceso abierto mediante la obligación de publicar en abierto los resultados de investigación financiados con dinero público.

7.8 El movimiento de los Recursos Educativos Abiertos



Imagen via → Wikimedia Commons

Los "Recursos Educativos Abiertos" o OER (Open Educational Resources) se han convertido en un tema ampliamente discutido en los últimos años. Los recursos educativos abiertos son material educativo (ej: libros de texto, cursos, vídeos, evaluaciones, simulaciones, etc.) que son ya sea (a) licenciados bajo una licencia abierta de derechos de autor (ej: Creative Commons1) o (b) del dominio público. **En ambos casos, toda persona en el mundo disfruta de un acceso libre (sin costo) al recurso educativo y permiso libre (sin costo) de participar en las actividades llamadas "4R"** (por sus iniciales en inglés) cuando usa el material educativo:

- **Revisar** (Revise) - adaptar y mejorar el OER de manera que se acopla mejor a tus necesidades.
- **Combinar** (Remix) – combinar el OER con otro OER para producir nuevos recursos.
- **Reusar** (Reuse) – usar el recurso original o su nueva versión del recurso en un amplio rango de contextos.
- **Redistribuir** (Redistribute) – hacer copias y compartir el recurso original o su nueva versión del mismo con otros.

7.8.1 Educar es Compartir

Educación es, primera y principalmente, un emprendimiento para compartir. De hecho, compartir es el único concepto que afecta a la educación. **Si un instructor no está compartiendo lo que él o**

ella sabe con sus estudiantes, entonces no está educando.

Claramente, **Internet nos permite copiar y compartir con una eficiencia nunca antes vista o imaginada**. Sin embargo, mucho antes que Internet fuera inventado, la legislación en derechos de autor empezó a regular las actividades que hacían que Internet fuera esencialmente libre (copiar y distribuir). Consecuentemente, Internet nació con un severa desventaja, en la medida que leyes pre-existentes desalentaban a las personas a darse cuenta del real potencial de la red.

Desde la invención del Internet, las leyes de derechos de autor ha sido "reforzadas" para restringir aún más la capacidad de copiar y compartir del Internet. Las leyes existentes, modelos de negocio, y prácticas educativas dificultan a instructores y aprendices el aprovechar el potencial total del Internet para acceder a material educativo asequible y de alta calidad, donde los recursos educativos de libre acceso puedan ser copiados y compartidos (y revisados y combinados) sin romper la ley. **Los recursos educativos de libre acceso permiten que el total del poder técnico del Internet de soporte a la educación**. Los OER permiten exactamente aquello que el Internet brinda: el libre compartir de recursos educativos con el mundo.

Para comprender mejor esta idea recomendamos el siguiente video:
https://www.youtube.com/watch?feature=player_embedded&v=dTNnxPcY49Q

El costo de los libros es un factor significativo en el costo total de la educación superior, creciendo más allá de los ingresos de más individuos cada año. Los OER tienen un potencial considerable de ser parte de la solución a este problema.

Sobre la importancia de los libros de texto abierto, sugerimos ver el siguiente video: https://www.youtube.com/watch?feature=player_embedded&v=suJ-kdW9ToA

En Latinoamérica existen proyectos que promueven esta misma línea de apertura de los materiales de estudio. Encontramos, por ejemplo, la "Iniciativa Latinoamericana de Textos Abiertos" (Proyecto LATIn) en la que actualmente participan nueve Universidades Latinoamericanas. El **objetivo general** de este proyecto es mejorar la accesibilidad a la universidad latinoamericana para estudiantes de bajos ingresos, y reducir la tasa de deserción escolar debido a razones financieras. La iniciativa propuesta resultará en la colaboración regional para la creación de libros de texto que puedan ser copiados, impresos, modificados y distribuidos a los alumnos de forma legal y gratuita. Estos libros tendrán las ventajas adicionales de poder ser actualizados y estar en un lenguaje que el

estudiante pueda entender fácilmente. El **objetivo específico** de este proyecto será la creación y difusión de la Iniciativa Colaborativa de Libro de Texto Abierto para la Educación Superior diseñado exclusivamente para Latinoamérica. Esta iniciativa alentará a los profesores y autores académicos de diferentes Instituciones de Educación Superior (IES) en Latinoamérica a colaborar con sus colegas de otras IES de la región para crear capítulos y libros de texto diseñados exclusivamente para cubrir las necesidades de sus cursos. Estos libros estarán disponibles de forma gratuita para que los estudiantes los lean, impriman y compartan y para que otros colegas los adapten, traduzcan, distribuyan y mezclen nuevamente.

7.8.2 Mejora continua de la calidad

Desde que tenemos memoria, los instructores han estado “complementando” problemas con libros. Cuando no podemos encontrar un libro que cumpla nuestras necesidades, no es poco común que busquemos en otros dos o más libros, con la intención de encontrar algo que está solo en algunas partes de ellos. Dado que **los materiales impresos, protegidos por derechos de autor no son fácilmente (o legalmente) revisables o combinables**, es impensable que podamos separar y juntar partes de libros para poder conseguir exactamente lo que queremos y lo que nuestros estudiantes necesitan. Instructores y estudiantes se encuentran constantemente haciendo eso con material educativo no óptimo - y gastando más de lo necesario en ello.

Bajo las actuales leyes de derechos de autor, los instructores no pueden mejorar legalmente los materiales que ellos usan en clases. Los OER proveen a los instructores con material de libre y legal acceso para arreglarlo en procesos de mejora continua de la calidad como si fuera una **adaptación y revisión incremental**, otorgándoles la capacidad de tomar propiedad y control de sus cursos y libros de una manera que previamente no era posible.

Gobiernos y otras entidades que financian proyectos educativos que buscan maximizar el impacto de sus inversiones están escogiendo políticas optativas libres o abiertas. El Utah Open Textbook Project es un buen ejemplo de aplicación de este tipo de políticas. Los gobiernos nacionales/estatales/provinciales y los sistemas de educación juegan un rol crítico estableciendo políticas que conduzcan las inversiones en educación y tienen interés en asegurar que los fondos de inversión en educación sean una contribución real y efectiva en costo al desarrollo socio-económico. Debido a que la mayor parte de los fondos para la educación e investigación

provienen del cobro de impuestos, es esencial que los OER tengan políticas abiertas. Conforme los gobiernos empiezan a requerir políticas abiertas, cientos de billones de dólares de los recursos educativos y de investigación estarán libre y legalmente disponibles al público que paga por ellos. **Todo ciudadano tributante tiene la expectativa razonable de acceder al material educativo y a las investigaciones que sus impuestos pagaron**.

En este sentido se puede acceder a este Registro de Políticas OER que abre Creative Commons. Se cuentan más de 90 políticas actuales y propuestas de educación abierta de todo el mundo. Aquí cualquier persona puede compartir fácilmente, actualizar y revisar las políticas y leyes de educación abierta. Además, puede encontrar apoyo a los recursos políticos , tales como estudios de casos y guías. Igualmente Creative Commons tiene algunos proyectos en los que están enfocando esfuerzos a través de la exploración de nuevas formas de mejorar el acceso a la educación y el desarrollo colaborativo de ideas en este ámbito. Aquí es posible ver y participar en algunos de esos proyectos actuales.

Las primeras colecciones de recursos educativos abiertos incluyen el proyecto Connexions de la Universidad de Rice y el OpenCourseWare del MIT. Ejemplos más recientes incluyen el Open Course Library del estado de Washington.

Los recursos educativos abiertos representan múltiples oportunidades de innovar en la enseñanza y el aprendizaje, y tiene la capacidad de mejorar dramáticamente la asequibilidad de la educación y habilitar una mejor personalización de la instrucción.

7.8.3 Ejemplos de REA

Hay una amplia gama de materiales publicados como recursos educativos abiertos. Tómese su tiempo para explorar estos sitios para tener una idea de lo que está disponible.

- OER Commons
- Khan Academy
- PhET Interactive Simulations
- Connexions
- Otros proyectos internacionales

7.9 Recursos adicionales

Bibliográficos:

- Un extenso conjunto de materiales de enseñanza sobre Software Libre y Software de Código Abierto, puede encontrarse en el sitio Web del curso original: The Internet: Issues at the Frontier.
- Otras fuentes valiosas sobre software libre incluyen: Joseph Feller et al., Perspectives on Free and Open Source Software (2007).
- Josh Lerner and Jean Tirole, "The Simple Economics of Open Source" (2000).
- Eben Moglen, Faculty Presentation on Open Source, September 11, 2008.
- Christopher Kelty, Two Bits: The Cultural Significance of Free Software (2008).
- El sitio web principal de Creative Commons.
- Un amplio repositorio de fotografías disponible bajo licencias Creative Commons está disponible a través de Flickr.
- El documento más importante sobre el movimiento OA es la Iniciativa del Movimiento OA de Budapest. Su historia e impacto son discutidos en el sitio Web de la Fundación Soros.
- Una completa discusión preparada en 2007 por Peter Suber sobre las diferentes dimensiones del Movimiento Open Access puede encontrarse en Open Access Overview (en español).
- Un directorio de publicaciones Open Access (DOAJ) puede ubicarse en este hipervínculo.
- Una muestra de publicaciones de acceso abierto en Ciencias Médicas es la siguiente: The Open Dentistry Journal International Journal of Dentistry PLoS Medicine.

Casos:

Las siguientes opiniones judiciales examinan y aplican algunos de los principios discutidos en este capítulo:

- Curry v. Weekend (District Court of Amsterdam, March 9, 2006) (Licencia Creative Commons).
- GPL-Violations.org v. D-Link (District Court of Frankfurt 2006).
- Jacobsen v. Katzer, 535 F.3d 1373 (CAFC 2008) (Licencias de Código Abierto).

Capítulo 8 - Aplicación de las normas



8.1 Objetivo del capítulo

Este capítulo explicará en forma general el sistema de aplicación de las normas de derecho de autor frente a las posibles infracciones, buscando ofrecer un contexto regional y específico sobre la labor de los bibliotecarios.

Brindará **una visión general de lo que significa infringir el derecho de autor de otra persona y explicará las diversas formas en que puede ocurrir la infracción**. También describirá algunos puntos que surgen cuando un titular decide iniciar una demanda, y cómo se inicia y concluye el procedimiento en estos casos. Se analizarán algunas disposiciones presentadas en capítulos anteriores que proporcionan exenciones de responsabilidad para proveedores de servicios, incluidas

las bibliotecas.

Finalmente, se considerarán las funciones apropiadas de los bibliotecarios con referencia al derecho de autor y a la aplicación de las normas.

8.2 Estudio de caso

Ángela le envía a Nadia un mensaje urgente: “Recibí de un editor una carta de cese y desistimiento, reclamando que, al incluir alguna de sus obras en mi set de curso, estoy infringiendo sus derechos. - ¿Qué debo hacer?" - ¿Cómo debería responderle Nadia?

8.3 ¿Qué infringe los Derechos de Autor?



Imagen de → opensourceway via Compfight cc

8.3.1 Acciones que pueden infringir los Derechos de Autor

Como se vio anteriormente, **el ejercicio sin autorización de un derecho exclusivo de un titular**

de derechos es una infracción, a menos que el uso esté cubierto por una de las excepciones o limitaciones presentadas en el capítulo 5, o por una **licencia pública y abierta como Creative Commons** (que son una autorización expresa del titular como se vio en el capítulo 7).
Es necesario tener presente que el desarrollo del derecho de autor en la región durante las últimas décadas ha estado esencialmente influenciado por los tratados comerciales (capítulo 5) y promovidos por la industria del entretenimiento sin que, en general, se haya representado el interés público apropiadamente. Por ejemplo, no hay un marco de excepciones y limitaciones, ni una discusión pública por parte de los bibliotecarios que puedan poner de presente las necesidades y las excepciones que garanticen sus labores. Recuerden que en países como Colombia o Uruguay no hay provisión legal que permita el préstamo público legalmente (ver capítulo 5).

En Uruguay, por ejemplo, la Ley de Bibliotecas Públicas (Nº 18.632 de 2009) prevé en su artículo 2 que las bibliotecas públicas brindarán, entre otros, servicios de préstamo a domicilio. Pero ni esta ley, ni las leyes de derechos de autor, consagran el "agotamiento del derecho de distribución", ni una “excepción general para el préstamo público” de las obras que forman parte de las colecciones de las bibliotecas de este país.

Por lo tanto, es necesario ver las infracciones al derecho de autor como un contexto amplio y, en la medida de lo posible, **involucrarnos en los cambios legales que permitan el cumplimiento de la misión de las bibliotecas** dentro del respeto debido a los autores.

Las legislaciones nacionales prevén multas, indemnizaciones de perjuicios e incluso sanciones penales (como la privación de la libertad que en Colombia puede llegar a ser de 4 a 8 años) por infracciones al derecho de autor. De otra parte, también es importante considerar que, según las normas de cada país, se puede ser responsable por los hechos propios y, en ocasiones, por los hechos de otros (como cuando el padre o la madre responde por el vidrio que rompe su hijo cuando juega fútbol en la calle).

En relación con la responsabilidad por hechos de un tercero puede ser importante que las bibliotecas las analicen en la medida en que, en ocasiones, sus proyectos pueden caer en este tipo de situaciones, particularmente porque pueden ser intermediarias en la prestación de servicios de Internet (para terceros). Esto supone una discusión que en cada país de la región apenas comienza como veremos enseguida.



Imagen de → Jorge Franganillo via Compfight cc

8.3.2 La Responsabilidad de los Proveedores de Servicios en Línea

En América Latina apenas se empiezan a promulgar **disposiciones "de puerto seguro" que protegen a los proveedores de servicios en línea** (tales como buscadores, proveedores de servicio en Internet (PSI), bibliotecas o universidades) de la responsabilidad de infracciones a los derechos de autor cometidos por sus usuarios. A fin de ser incluidos en estas exenciones, los proveedores de servicios deben cumplir con ciertas normas que se especifican en cada ley nacional.

En general, las disposiciones de "puerto seguro" establecen los procedimientos que deben seguir los PSI para no ser considerados como responsables por las acciones de sus usuarios. Internacionalmente se puede hablar de tres modelos de "puerto seguro":

a) El privado, en este caso el procedimiento se desarrolla ante el PSI de acceso o alojamiento (Telefónica o Amazon por ejemplo), quien recibe la notificación de la posible infracción por cuenta de un usuario y hace el retiro del contenido (como sucede en EEUU y se ejemplifica en servicios que tienen sede en ese país como YouTube).

b) El administrativo, si bien la notificación de la posible infracción puede que se haga ante el PSI (Telefónica o Amazon, de nuevo) pero, la clave en este caso es que el retiro del contenido se hace sólo por decisión de una autoridad pública de tipo administrativo (como sucede en España o Francia).

c) El judicial, como en el caso anterior puede que la notificación se haga ante el PSI, pero el procedimiento de retiro y la decisión sobre el mismo la toma un juez (como sucede en Canadá, Australia o Costa Rica), y en todo caso, puede suceder que la ley obligue a que el procedimiento se desarrolle totalmente ante el juez (como sucede en Chile).



Imagen de → juanpol via Compfight cc

Estas normas pueden servir a algunas bibliotecas. La razón se basa en que algunas bibliotecas pueden contribuir a administrar o controlar redes universitarias a las que están afiliadas. En estos casos, es posible que algunas de las actividades de la biblioteca puedan satisfacer los requisitos de protección de las disposiciones de “puerto seguro”. Si es así, los bibliotecarios deben estar atentos a los detalles de los sistemas de notificación y retiro (si los hubiera), incluidos en las legislaciones sobre derecho de autor de sus respectivos países.

8.4 Procedimientos y Sanciones

8.4.1 Procedimientos Legales y Recursos

PROCEDIMIENTOS LEGALES

ABC DEL DERECHO DE AUTOR PARA BIBLIOTECARIOS DE AMERICA LATINA

¿Quién puede realizar una reclamación?

Únicamente el titular de los derechos exclusivos o un beneficiario de esos derechos.

¿A quién se puede demandar?

A las personas que cometieron la infracción directamente y/o a cualquier otra que pueda encontrarse responsable por infracción secundaria o indirecta (si aplica).

¿En qué plazos se puede demandar?

En cada país habrá que tener en cuenta la normativa de limitaciones ya que transcurrido cierto plazo de tiempo después de haber ocurrido la infracción esta puede ser desestimada.

Procedimiento de conciliación

La defensa contra un alegato de infracción puede resultar muy costosa (daños y perjuicios, costos del litigio) por lo que el demandado puede decidir que es mejor llegar a un arreglo con el demandante. Una vez que las partes acordaron los términos y el demandado cumple con esos términos, el demandante retira la acción judicial.

En caso de continuar con el litigio

El titular debe probar que la obra tiene derechos de autor, que es el titular de esos derechos, que el demandado utilizó el trabajo del demandante y que se ejerció el uso no autorizado de uno o más de los derechos exclusivos.

El demandado puede reivindicar uso justo, estatutos de limitaciones, la ausencia de derechos de autor de la obra original, dominio público, la doctrina de la primera venta, disposiciones de salvaguarda, creación independiente y otras exenciones estatutarias.

Un titular de derecho de autor puede decidir iniciar una demanda por infracción de derechos si considera que existe una transgresión a uno de sus derechos exclusivos. En general, **únicamente el titular de los derechos exclusivos o un beneficiario de esos derechos puede realizar una reclamación**.

El titular puede decidir demandar a la persona o personas que cometieron la infracción directamente y/o a cualquier otra que pueda ser responsable según las diversas teorías de infracción secundaria o indirecta presentadas anteriormente. En muchos países, el titular debe realizar la reclamación dentro de un cierto plazo de tiempo después de haber ocurrido la infracción, o será desestimada a través de la normativa de limitaciones. El plazo de la normativa de limitaciones varía según el país. Por

ejemplo, en los Estados Unidos el estatuto de limitaciones para acciones que infringen el derecho de autor es de tres años (17 U.S.C. § 507(b);, y en Australia es de seis (Sección 134(1) del Acta sobre Derechos de Autor de Australia).



Imagen de → StockMonkeys.com via Compfight cc

Al comienzo del litigio, el acusado, que puede ser un usuario individual, un bibliotecario o una biblioteca, debería considerar si una conciliación es una mejor alternativa que ir a juicio. Debido a que los puntos tan sutiles de un litigio con base en una infracción por derechos de autor son a menudo complejos, la defensa contra un alegato de infracción puede resultar muy costosa. Además, en algunos países se permiten a los demandantes que tienen éxito en sus reclamaciones cobrar por concepto de daños y perjuicios según lo estipula su legislación, en lugar de tener que probar los daños reales, por lo tanto, lo que se obtiene por concepto de infracciones de derecho de autor puede ser mucho. Finalmente, la legislación o tribunales pueden también incluir los honorarios de abogado y otros costos del demandante, si éste gana el litigio.

Con base en estas consideraciones, el demandado puede decidir que es mejor llegar a un arreglo con el demandante, que enfrentar unos potenciales e inciertos gastos de litigio. En un procedimiento de

conciliación, una vez las partes acuerdan los términos y el demandado cumple con los mismo, el demandante retira la acción judicial. Los términos del arreglo pueden variar de modo significativo. En algunos casos, el demandante puede quedar conforme si el demandado simplemente retira el material del sitio web. En otros casos, el demandante puede solicitar el pago de una suma de dinero, además del retiro del material ilícito. Frecuentemente, como parte del convenio, las partes acuerdan un requerimiento permanente que prohíbe al demandado incurrir en acciones similares en el futuro.

8.4.2 Infracción fuera de fronteras, extraterritorialidad, conflictos de ley y limitaciones jurisdiccionales

A pesar de los intentos de lograr una uniformidad en la legislación internacional sobre el derecho de autor, los procedimientos legales nacionales, la obligación de presentar pruebas, y la validez y cantidad de los daños varían considerablemente entre los países. Debido a estas diferencias, la decisión por parte del demandante sobre qué país y qué tribunal elegir para la demanda, resulta importante. Sin embargo, al decidirse por un tribunal en particular es probable que se vea limitado por la jurisprudencia substantiva sobre derecho de autor y las doctrinas de extraterritorialidad, la elección de la legislación y el conflictos de ley.



Imagen de → Geokeys via Wikimedia Commons. Imagen en dominio público.

Por ejemplo, generalmente un titular no puede demandar en un país por actividades de infracción al derecho de autor que ocurrieron en un país diferente. Esto dado que, con algunas excepciones, la doctrina de extraterritorialidad significa que las leyes de un país solamente se aplican dentro de los límites geográficos de dicho país. Al aplicar esta doctrina, los tribunales de los Estados Unidos han rechazado -casi de manera uniforme- los intentos de aplicar la legislación de derecho de autor de los Estados Unidos fuera de ese país. La mayoría de los otros países han adoptado la misma posición.

Sin embargo, la doctrina de extraterritorialidad se ha complicado con las tecnologías digitales y el auge de Internet. Cuando se trata de bienes físicos, suele ser sencillo identificar "dónde" ocurrió la infracción. Pero la infracción en el entorno digital puede implicar varias etapas que ocurren en diferentes países regulados por distintos sistemas de legislación sobre derecho de autor. Esto provoca confusión ante la pregunta de dónde tuvo lugar la infracción.

8.5 Las complejas responsabilidades de los bibliotecarios

La situación de los bibliotecarios es difícil. Por un lado, deben permitir el acceso a la información, pero, por otro lado, deben respetar el derecho de autor, que en ciertos casos implica una restricción al acceso. Mantener este equilibrio puede resultar difícil en países donde la ley no es clara o no existe legislación que proteja a las bibliotecas y a los bibliotecarios. Esta situación se hace mucho más evidente y tensa en lo digital. La Federación Internacional de Asociaciones e Instituciones Bibliotecarias (IFLA, por sus siglas en inglés), que ha estudiado este caso y representa a las bibliotecas y bibliotecarios en instancias internacionales, apoya las leyes de derecho de autor balanceadas, donde se promueva el avance de la sociedad, dándole protección a los titulares, pero a su vez brindando acceso a las obras para mantener la creatividad, la innovación, la investigación y la educación.

Pero ¿qué ocurre si un país no ha implementado suficientes excepciones y limitaciones para mantener este equilibrio? Este suele ser un dilema ético al que se enfrentan las bibliotecas y sus funcionarios en la ejercicio de sus actividades diarias pues, cumplir normas que no se ajustan a la realidad puede llevarlos a labores demasiado engorrosas y que dificultan la misión de las bibliotecas. Por ejemplo, imagina que tienes una biblioteca con un millón de volúmenes que son prestados a usuarios que pueden llevar los documentos a sus casas. Imagina que en tu país no existe

una limitación y excepción que permita el préstamo de obras por una biblioteca. En ese caso, deberías revisar cuántas de estas obras están en el dominio público. Para aquellas que aún no se encuentran en el dominio público, deberías redactar una carta solicitando permisos al autor o titular para que tu biblioteca pueda ejercer el préstamo. Si la carta es respondida negativamente o no es respondida, no podrías prestar la obra en cuestión.

Por otra parte, ¿deben ser las bibliotecas y sus funcionarios responsables por las acciones de sus usuarios? Por ejemplo: un usuario accede a Internet desde la biblioteca. Este usuario comete una infracción, que puede ser, por ejemplo, publicar contenido protegido sin la autorización correspondiente. Esta situación lleva a que, por un lado, la biblioteca fungiría como facilitadora de la comisión de la infracción al brindar acceso a Internet; por otro, esto implica que la biblioteca debería monitorear la actividad de sus usuarios para saber qué consultan y con qué fines. ¿Pero debe la biblioteca llegar a estos niveles de intrusión con sus usuarios?

Entre las limitaciones y excepciones posibles, la exoneración de responsabilidad blinda a las bibliotecas y bibliotecarios en un caso como el antes mencionado. Pero volvemos al mismo punto: ¿y si en mi país no cuento con esta excepción y limitación?

8.6 De regreso al estudio de caso

Nadia y Ángela deberían comprobar, en primer lugar, si el reclamo del editor es válido. Por ejemplo, deberían verificar si el derecho de autor de la obra está vigente o si la inclusión de una copia de la obra en el conjunto del material del curso está protegida por alguna de las excepciones y limitaciones de la legislación de su país. Si tuvieran alguna duda sobre esto, deberían consultar a un abogado. El profesional debería aconsejarle no solamente con respecto a si su conducta está permitida, sino también en lo referente a las sanciones que podrían enfrentar si no pudieran resolver amigablemente la querella con el editor. Con la ayuda del abogado, decidirán si tienen que retirar el contenido en cuestión del material del curso.

8.7 Recursos adicionales

Bibliográficos:

- En Secondary Liability for Copyright Infringement in the US, la Prof. Jane Ginsburg aporta un buen análisis sobre la legislación que rige las infracciones indirectas y vicarias al derecho de autor (en inglés).
- En el Stanford Technology Law Review se examina el mismo tema en el artículo titulado "Interpreting Grokster: Limits on the Scope of Secondary Liability for Copyright Infringement" (en inglés).
- Otro buen tratamiento del mismo tema, lo ofrece Jay Dratler "A Theory of Secondary Liability for Copyright Infringement" (2005) (en inglés).
- Un sagaz estudio con visión de futuro sobre las doctrinas de responsabilidad secundaria, en especial con referencia al intercambio archivos (file sharing), lo presenta Guy Pessach, "An International-Comparative Perspective on Peer-to-Peer File-Sharing and Third Party Liability in Copyright Law: Framing the Past, Present, and Next Generations' Questions," 40 Vanderbilt Journal of Transnational Law (en inglés).
- En el artículo "La responsabilidad civil en el ámbito de Internet" de María José Viega se analizan los daños que pueden producirse a través de Internet, la figura de los prestadores de servicios en línea y sus responsabilidades (en español).

Casos:

Las siguientes opiniones judiciales exploran y aplican algunos de los principios presentados en este capítulo:

- Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc., 464 US 417 (1984) (responsabilidad secundaria) (en inglés).
- CBS Songs Limited & Others v. Amstrad Consumer Electronics Plc and Anor., House of Lords, 12 May 1988 (responsabilidad secundaria) (en inglés).